

DAS BARDEPOT

Jörg Wolfgang Demmler

1975



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551925_0010

D A S B A R D E P O T

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Jörg Wolfgang Demmler

1975





Referent: Professor Dr. Badura
Korreferent: Professor Dr. Canaris
Tag der mündlichen Prüfung:
14. Juli 1975

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
Einführung	1

Erster Teil

=====Eigenart und Begründung der Depotpflicht===== 3

§ 1) Rechtsnatur und Bedeutung des Bar- depots 3

I. Das durch die Depotpflicht begründete verwaltungsrechtliche Rechtsverhält- nis 3

II. Die Heranziehung des Depotpflich- tigen 14

1. Melde- und Auskunftspflicht 14

2. Der Heranziehungsbescheid 15

III. Das Bardepot im größeren Zusammen- hang der Währungs- und Konjunktur- politik und des Außenwirtschafts- rechts 18

§ 2) Die rechtlichen Grundlagen der Depot- pflicht 28

I. Kompetenz zur Gesetzgebung 28

II. Das Bardepotgesetz als Zustimmungsgesetz 29

III. <u>Die Ermächtigung zum Erlaß von</u> <u>Rechtsverordnungen über die</u> <u>Depotpflicht</u>	32
1. Begründung der Depotpflicht und Festlegung des Depotsatzes	32
2. Übertragung der Rechtsetzungsgewalt auf die Bundesbank im Wege der Subdelegation	33
3. Das Aufhebungsverlangen des Bundestages	36
4. Die rechtsstaatliche Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung	41
§ 3) <u>Zuständigkeiten und Zusammenwirken von</u> <u>Bundesregierung und Bundesbank im Bar-</u> <u>depotrecht</u>	50
I. <u>Die Aufgaben der Bundesbank</u>	50
1. Das Bardepot als Mittel monetärer Konjunkturpolitik	50
2. Wahrung der Unabhängigkeit der Bundesbank	53
II. <u>Aufgabenteilung zwischen Bundes-</u> <u>regierung und Bundesbank</u>	55
Zweiter Teil	
Gegenstand und Inhalt der Depotpflicht =====	60
§ 4) <u>Der Kreis der depotpflichtigen Per-</u> <u>sonen</u>	60

§ 5) <u>Die depotpflichtigen Vorgänge:</u>	
<u>Aufnahme von Darlehen und sonstigen Krediten</u>	63
I. <u>Aufnahme von Darlehen</u>	63
1. Das Darlehen im Sinne des BGB	64
2. Das Darlehen im wirtschaftlichen Sinne	68
3. Das mittelbar bei einem Gebietsfremden aufgenommene Darlehen	69
II. <u>Sonstige Kredite</u>	71
1. Kredit und Kapitalzufluß	72
2. Kredit und gesellschaftsrechtliche Beteiligung	77
3. Weitere Fallgestaltungen	80
III. <u>Depotpflicht und erneute Kreditaufnahme</u>	83
1. Novation und Vertragsverlängerung	84
2. Kreditaufnahme insbesondere	85
a) Rechtsnatur des Krediteröffnungsvertrages	85
b) Vertragliche Gestaltungen im einzelnen	87
§ 6) <u>Ausnahmen von der Depotpflicht</u>	94
I. <u>Die Mindestreservepflicht der Kreditinstitute</u>	94
1. Die Mindestreservepflicht	94
2. Die Mindestreservepflicht im Verhältnis zur Depotpflicht	95

II. <u>Freistellung von Verbindlichkeiten</u> <u>im Zusammenhang mit Waren- und</u> <u>Dienstleistungsgeschäften</u>	97
III. <u>Freistellung sonstiger Verbind-</u> <u>lichkeiten</u>	99
IV. <u>Der Freibetrag</u>	105
1. Mittelbare Kreditaufnahme im Rahmen des Freibetrages	105
2. Freibetrag bei Kreditaufnahme durch Zweigniederlassungen und Betriebsstätten	108
a) Kreditaufnahme bei Dritten	108
b) Kreditaufnahme innerhalb der- selben Rechtspersönlichkeit	109
3. Der Exporteurfreibetrag	110
V. <u>Die Härteklauseel</u>	110
1. Freistellung von der Depotpflicht im Einzelfall	110
2. Einstellung der Vollstreckung aus dem Heranziehungsbescheid	113
§ 7) <u>Inhalt der Depotpflicht</u>	115
I. <u>Stillegung während eines bestimmten</u> <u>Zeitraums</u>	115
II. <u>Nachhaltepflicht</u>	115
III. <u>Höhe des Depotbetrages</u>	117

Dritter Teil

Besondere verfassungsrechtliche Fragen des =====	
Bardepotrechts =====	118
§ 8) <u>Durch die Depotpflicht berührte</u> <u>Grundrechte</u>	118
I. <u>Die Berufsfreiheit</u> (Art. 12 Abs. 1 GG)	118
II. <u>Die Eigentumsgarantie</u> (Art. 14 GG)	120
III. <u>Die unternehmerische Freiheit</u> <u>(Art. 2 Abs. 1 GG)</u>	124
§ 9) <u>Rückwirkung der Depotpflicht</u>	128
I. <u>Die Rückwirkung von Gesetzen</u>	128
1. Echte Rückwirkung	128
2. Unechte Rückwirkung	129
II. <u>Die von der Bundesregierung ge-</u> <u>troffene Regelung</u>	130
1. Echte Rückwirkung	131
2. Unechte Rückwirkung	132
III. <u>Der maßgebliche Zeitpunkt</u>	133
IV. <u>Der Freibetrag im Rahmen der</u> <u>Rückwirkung</u>	135

Literaturverzeichnis

(Unterstreichungen ergeben Kurztitel)

- | | |
|--|--|
| Bachof | B a c h o f, Otto: Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Band I, 2. Aufl. Tübingen 1966. |
| Badura
(Daseinsvorsorge) | B a d u r a, Peter: Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, in: Die öffentliche Verwaltung 1966, S. 624 ff. |
| Badura
(Liberaler Rechtsstaat) | B a d u r a, Peter: Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, in: Recht und Staat, Heft 328 (1966). |
| Badura
(Wirtschaftspolitische Gesetzgebung) | B a d u r a, Peter: Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Band 92 (1967), S. 382 ff. |
| Badura
(Wirtschaftsverwaltungsrecht) | B a d u r a, Peter: Wirtschaftsverwaltungsrecht, in Besonderes Verwaltungsrecht (hrsg. von v. Münch), 3. Aufl. Frankfurt/M. 1972. |
| Baumbach-Duden | B a u m b a c h - D u d e n: Handelsgesetzbuch (<u>HGB</u>). 20. Aufl. München 1972. |
| Bettermann | B e t t e r m a n n, Karl-August: Legislative ohne Posttarifhoheit, in: Beiträge zum Rundfunkrecht, Heft 10. Frankfurt/M. 1967. |

- Blank-Hirsch B l a n k, Hans-Joachim -
H i r s c h, Joachim: Zum Verhält-
nis von Parlament und Verwaltung
im Gesetzgebungsprozeß, in:
Schäfer/Nedelmann, Der CDU-Staat,
München 1967, S. 80 ff.
- Boehmer B o e h m e r, Gustav: Realver-
träge im heutigen Recht, in:
Archiv für Bürgerliches Recht,
Band 28 (1913), S. 314 ff.
- Brenner B r e n n e r, Günther: Zum Mit-
wirkungsrecht der Verbände und
Vereinigungen bei der Gesetzge-
bung des Bundes und beim Erlaß
von Rechtsverordnungen, in:
Der Betriebs-Berater 1960,
S. 873 ff.
- Canaris C a n a r i s, Claus-Wilhelm: Funk-
tionen und Rechtsnatur des Konto-
korrents, in: Festschrift für Her-
mann Hämmerle, Graz 1972, S. 55 ff.
- Curd t C u r d t, Hans Armin: Krediter-
Öffnungsvertrag und Geschäfts-
grundlage, Diss. jur. Göttin-
gen 1963
- Drischler D r i s c h l e r, Karl: Hinterle-
gungsordnung (Hinterlo),
Münster 1951.
- Engelhardt E n g e l h a r d t, Hanns: Kommen-
tar zum Verwaltungs-Vollstreckungs-
gesetz. Frankfurt/M. 1970.
- Eyermann-
Fröhler E y e r m a n n - F r ö h l e r:
Verwaltungsgerichtsordnung
(VwGO). 5. Auflage. München 1971.
- Faber F a b e r, Heiko: Wirtschaftsplanung
und Bundesbankautonomie.
Baden-BAden 1969.
- Fichtmüller F i c h t m ü l l e r, Carl Peter:
Zulässigkeit ministerialfreien
Raums in der Bundesverwaltung,
in: Archiv des öffentlichen Rechts,
Band 91 (1966), S. 297 ff.

- | | |
|-----------------------------------|---|
| Fikentscher | F i k e n t s c h e r, Wolfgang:
Schuldrecht, 4. Aufl. Berlin 1973. |
| Flachmann
(Bardepot) | F l a c h m a n n, Klaus: Bardepot.
Frankfurt/M. 1972. |
| Flachmann
(Anmerkungen) | F l a c h m a n n, Klaus: Kritische Anmerkungen zum Bardepot, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1973, S. 462 ff. |
| Forsthoff | F o r s t h o f f, Ernst: Lehrbuch des <u>Verwaltungsrechts</u> . Band I, Allgemeiner Teil. 10. Aufl. München 1973 |
| Friauf
(Wirtschaftslenkung) | F r i a u f, Karl-Heinrich: Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, in: Recht und Staat, Heft 325/326 (1966). |
| Friauf
(Öffentlicher Haushalt) | F r i a u f, Karl Heinrich: Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft, in: VVDStRL Band 27 (1969), S. 1 ff. |
| Friauf
(Steuergesetzgebung) | F r i a u f, Karl Heinrich: Steuergesetzgebung und Eigentumsgarantie, in: Juristische Analysen 1970, S. 299 ff. |
| Friauf
(Gesetzesankündigung) | F r i a u f, Karl Heinrich: Gesetzesankündigung und rückwirkende Gesetzgebung im Steuer- und Wirtschaftsrecht, in: Der Betriebs-Berater 1972, S. 699 ff. |
| Frowein | F r o w e i n, Jochen: Die Angabe der Rechtsgrundlage in einer auf Grund einer Subdelegation erlassenen Rechtsverordnung, in: Die öffentliche Verwaltung 1966, S. 621 ff. |

- Garcke G a r c k e, Klaus: Der Anwendungsbereich des öffentlichen Außenwirtschaftsrechts. Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergie-recht, Band 50. Göttingen 1973.
- Götz G ö t z, Volkmar: (Besprechung des Kommentars von M ö l l e r über das Stabilitätsgesetz) JZ 1969, S. 756.
- Gutmann G u t m a n n, Franz: Kapitalverkehr - internationaler, in: Handbuch der Sozialwissenschaften Band 5, Stuttgart 1956, S. 525 ff.
- Haase H a a s e, Christoph: Das Bardepotgesetz, in: Wirtschaftsrecht 1972, S. 87 ff.
- Hamann H a m a n n, Andreas: Grundgesetz (GG). 3. Aufl. Neuwied 1970.
- Haymann H a y m a n n, Franz: Die Schenkung unter einer Auflage. Berlin 1905.
- Heinze H e i n z e, Christian: Rechtsfragen der Bardepotpflicht, in: Außenwirtschaftsdienst 1972, S. 313 ff.
- Hesse H e s s e, Konrad: Die Regelung von Rundfunkleistungen der Bundespost durch Rechtsverordnung, in: Beiträge zum Rundfunkrecht, Heft 8. Frankfurt/M. 1966.
- Hocke-Schmidt H o c k e - S c h m i d t: Außenwirtschaftsgesetz (AWG) Hamburg 1961.

- Inhülsen I n h ü l s e n, Klaus: Das Bar-
depot, in: Der Betriebs-Berater
1972, S. 638 ff.
- Ipsen I p s e n, Hans Peter: Rechtsfra-
gen der Wirtschaftsplanung, in:
J.H. Kaiser (Hrsg), Planung II,
Baden-Baden 1966, S. 63 ff.
- Jacobi J a c o b i, Erwin: Die Rechtsver-
ordnungen, in: Handbuch des deut-
schen Staatsrechts, 2. Band,
S. 236 ff. Tübingen 1932.
- Jöhr J ö h r, Walter Adolf: Konjunktur,
in: Handbuch der Sozialwissen-
schaften Band 6, Stuttgart 1959,
S. 114 ff.
- Kääb-Rösch K ä ä b - R ö s c h : Bayerisches
Landesstraß- und Verordnungs-
recht (LStVG). 2. Aufl. München
1967
- Knöpfle K n ö p f l e, Franz: Inhalt und
Grenzen der "Richtlinien der Poli-
tik" des Regierungsscheffs, in:
Deutsches Verwaltungsblatt 1965,
S. 857 ff.
- Köttgen K ö t t g e n, Arnold: Der Einfluß
des Bundes auf die deutsche Ver-
waltung und die Organisation der
bundeseigenen Verwaltung, in:
Jahrbuch des öffentlichen Rechts
N.F. Band 11 (1962), S. 173 ff.
- Kreft K r e f t: Anmerkung zu BGH LM
Nr. 71 zu § 13 GVG.
- Kriege-Bülow K r i e g e - B ü l o w: Kommentar
zur Hinterlegungsordnung (HinterlO)
vom 10. März 1937.
München 1937.

Kühn-Kutter	K ü h n - K u t t e r: <u>Abgabenordnung</u> , Finanzgerichtsordnung. 10. Aufl. Stuttgart 1970.
Lampe	L a m p e, Ortrun: Die Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank. Diss. jur. Mainz 1966.
Langen	L a n g e n, Eugen: Außenwirtschaftsgesetz. München 1968.
Larenz	L a r e n z, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts II. Band - Besonderer Teil. 10. Aufl. München 1972.
Lipfert	L i p f e r t, Helmut: Einführung in die Währungspolitik. 8. Aufl. München 1974.
v. Lübtow	v. L ü b t o w, Ulrich: Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht. Berliner juristische Abhandlungen Band 10. Berlin 1965.
Mang-Maunz-Mayer-Obermayer	M a n g - M a u n z - M a y e r - O b e r m a y e r: Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern. 3. Aufl. München 1968.
Maunz	M a u n z, Theodor: Der Rechtsbestand des Postverwaltungsgesetzes, in: Archiv für das Post- und Fernmeldewesen 1968, S. 541 ff.
Maunz-Dürig	M a u n z - D ü r i g : Grundgesetz (<u>GG</u>). München 1973.

- Meilicke M e i l l i c k e, Heinz: Ist die Inanspruchnahme von Zahlungsfristen durch Gebietsansässige bei Gebietsfremden devisa-rechtlich ab 15.6.73 - noch - genehmigungspflichtig oder bardepotpflichtig?, in: Der Betrieb 1973, S. 1385 f.
- Menger-Erichsen (Verwahrung) M e n g e r, Christian-Friedrich-E r i c h s e n, Hans-Uwe: Höchst-richterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: Verwaltungs-archiv Band 57 (1966), S. 64 ff.
- Menger-Erichsen (Beurteilungs-spielraum) M e n g e r, Christian-Friedrich-E r i c h s e n, Hans-Uwe: Höchst-richterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: Verwaltungs-archiv Band 58 (1967), S. 70 ff.
- Merk M e r k, Wilhelm: Deutsches Ver-waltungsrecht, Zweiter Band. Berlin 1970.
- v. Mettenheim v. M e t t e n h e i m, Heinrich: ("roll-over-Kredit") Die Bardepotpflicht für Roll-over-Kredite, in: Der Betriebs-Berater 1972, S. 945 ff.
- v. Mettenheim (Kapitalaus-stattung) v. M e t t e n h e i m, Heinrich: Die Abgrenzung von Kredit und Kapitalausstattung nach dem Außenwirtschaftsgesetz, in: Der Betriebs-Berater 1973, S. 778 ff.
- Moeller M o e l l e r, Hero: Währung, in: Handbuch der Sozialwissenschaf-ten Band 11, Stuttgart 1961. S. 430 ff.
- Möller M ö l l e r, Alex: Kommentar zum Gesetz zur Förderung der Stabili-tät und des Wachstums der Wirt-schaft (StabG). 2. Aufl. Hannover 1969.

- Neyses N e y s e s, Wilhelm: Die Beteiligung von Interessenverbänden an der Gesetzesvorbereitung durch die Bundesregierung. Diss. jur. Bochum 1968.
- Nipperdey N i p p e r d e y, Hans Carl: Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz. 2. Aufl. Köln 1961.
- Palandt P a l a n d t: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). 32. Aufl. München 1973.
- Peltzer
(Devisenbann und
Bardepot) P e l t z e r, Otto: Devisenbann und Bardepot zu Beginn des Frühjahrs 1973, in: Der Betriebs-Berater 1973, S. 450 ff.
- Peltzer
(Fragen zum
Bardepot) P e l t z e r, Otto: Aktuelle Fragen zum Bardepot und zur devisenrechtlichen Genehmigungsverpflicht, in: Der Betriebs-Berater 1973, S. 963 ff.
- Pfeffer P f e f f e r, Rupert: Zweifelsfragen zum Bardepot, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1972, S. 376 ff.
- Reichsgerichts-
rätekommentar R e i c h s g e r i c h t s r ä t e -
k o m m e n t a r: Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB). 11. Aufl. Berlin 1959.
- Samm S a m m, Carl-Theodor: Die Stellung der Deutschen Bundesbank im Verfassungsgefüge. Schriften zum öffentlichen Recht Band 63. Berlin 1967.
- Schiller S c h i l l e r, Karl: Wirtschaftspolitik, in: Handbuch der Sozialwissenschaften Band 12. Stuttgart 1965. S. 210 ff.

- Schloßmann S c h l o ß m a n n, (kein Vorname):
Anspruch, Klage, Urteil und Zwangs-
vollstreckung auf Herbeiführung
eines Rechtserfolges, in: Iherings
Jahrbücher Band 45 (1903),
S. 97 ff.
- Schmidt-Bleibtreu/S c h m i d t - B l e i b t r e u/
Klein K l e i n: Kommentar zum Grundge-
setz (GG). 3. Aufl. Neuwied
1973.
- Schmidt-Lermann S c h m i d t - L e r m a n n, Hans:
Bayerisches Verwaltungszustel-
lungs- und Vollstreckungsgesetz.
München 1961.
- Schmidt-Preuß S c h m i d t - P r e u ß, Mat-
thias: Planprogramm und Ver-
fassung - Bemerkungen zu § 1 Sta-
bilitätsgesetz, in: Deutsches
Verwaltungsblatt 1970, S. 535 ff.
- Schoen S c h o e n, Gerd-Dieter: Der Kre-
diteröffungsvertrag als schuld-
rechtliche Rahmenvereinbarung.
Diss. jur. Erlangen-Nürnberg
1965.
- Schönle S c h ö n l e, Herbert: Bank- und
Börsenrecht. München 1971.
- Schulz S c h u l z, Heinz Friedrich:
Außenwirtschaftsrecht. Köln
1965/1966.
- Schüzler S c h ü s z l e r, Hans: Infla-
tionsbekämpfung und födera-
listische Finanzverfassung, in:
Neue Juristische Wochenschrift
1964, S. 95 1 ff.
- Selmer S e l m e r, Peter: Steuerinter-
ventionismus und Verfassungs-
recht. Frankfurt/M. 1972.

- Sieg-Fahning-Kölling S i e g - F a h n i n g -
K ö l l i n g : Außenwirtschaftsge-
setz (AWG). Berlin 1963.
- Soergel-Siebert S o e r g e l - S i e b e r t :
Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).
10. Aufl. Stuttgart 1967 ff.
- Spanner S p a n n e r, Hans: Anmerkung zu
BVerwG DÖV 1962 S. 340 ff.
(342 f.).
- v. Spindler-Becker-Starke v. S p i n d l e r - B e c k e r -
S t a r k e: Die Deutsche Bundes-
bank (BBankG). 4. Aufl. Stutt-
gart 1973.
- Stachels S t a c h e l s, Elmar: Das Sta-
bilitätsgesetz im System des
Regierungshandelns. Berlin 1970.
- Starck S t a r c k, Christian: Der Kre-
ditbegriff und der Verhältnis-
mäßigkeitssatz im Bardepot-
recht, in: Der Betriebs-Berater
1973 S. 1607 ff.
- Starke
(Notenbank) S t a r k e, Otto-Ernst: Die Stel-
lung der Notenbank im Staatsge-
füge, in: Wertpapier-Mitteilun-
gen 1957, S. 75 ff.
- Starke
(BBankG) S t a r k e, Otto-Ernst: Das Ge-
setz über die Deutsche Bundes-
bank und seine wichtigsten öffent-
lich-rechtlichen Probleme, in:
Die Öffentliche Verwaltung
1957, S. 606 ff.
- Stauder S t a u d e r, Bernd: Der bankge-
schäftliche Krediteröffnungsver-
trag. Schriften zum Deutschen
und Europäischen Zivil-, Handels-
und Prozeßrecht, Band 52. Biele-
feld 1968.

- v. Staudinger v. S t a u d i n g e r: Kommentar zum BGB. 11. Aufl. Berlin 1955.
- Stern S t e r n, Klaus: Die Neufassung des Art. 109 GG, in: Neue Juristische Wochenschrift 1967, S. 1831 ff.
- Stern-Münch-
Hansmeyer S t e r n - M ü n c h - H a n s -
m e y e r: Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (StabG). 2. Aufl. Stuttgart 1972.
- Thoma T h o m a, Richard: Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts 2. Band, Tübingen 1932, S. 221 ff.
- Uhlenbruck U h l e n b r u c k, Dirk: Die verfassungsmäßige Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank und ihre Grenzen. München 1968.
- Veit V e i t, Otto: Grundriss der Währungspolitik. 3. Aufl. Frankfurt/M. 1969.
- Vorbrugg V o r b r u g g, Georg/ Unabhängige Organe der Bundesverwaltung. Diss. jur. München 1965.
- Weber W e b e r, Eckart: Der Erstattungsanspruch. Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 129. Berlin 1970.
- Wilke W i l k e, Dieter: Art. 109 Grundgesetz und das Stabilitätsgesetz in ihrer Bedeutung für das Verwaltungsrecht, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Band 93 (1968). S. 270 ff.

- Wolff, B. W o l f f, Bernhard: Die Ermächti-
gung zum Erlaß von Rechtsverord-
nungen nach dem Grundgesetz, in:
Archiv des öffentlichen Rechts,
Band 78 (1952/53). S. 194 ff.
- Wolff-Bachof W o l f f - B a c h o f: Verwal-
tungsrecht I. 9. Aufl. München 1974.
- Wolff, H.J. W o l f f, Hans J.: Verwaltungs-
recht II. 3. Aufl. München 1970.
- Wolff, H.J. W o l f f, Hans J.: Verwaltungs-
recht III. 3. Aufl. München
1973.
- Woll W o l l, Artur: Allgemeine Volks-
wirtschaftslehre. 3. Aufl.
München 1971.

Abkürzungsverzeichnis

A.A.	Anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
Anm.	Anmerkung
ÄndG	Änderungsgesetz
ÄndVO	Änderungsverordnung
AO	Abgabenordnung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
ArchPF	Archiv für Post- und Fernmelde- wesen
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AWV	Außenwirtschaftsverordnung
BAnz.	Bundesanzeiger
BB	Der Betriebs-Berater
BBankG	Bundesbankgesetz
Bd	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGBI. II	Bundesgesetzblatt Teil II
BGH	Bundesgerichtshof
BGH LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichts- hofs von Lindenmaier-Möhring
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG E	amtliche Sammlung von Entschei- dungen des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwG E	amtliche Sammlung von Entschei- dungen des BVerwG
DB	Der Betrieb

Diss. jur.	juristische Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Einf.	Einführung
Erl.	Erläuterung
EstG	Einkommensteuergesetz
f.ff.	folgende (Seite(n))
FVG	Gesetz über die Finanzverwaltung
gem.	gemäß
GeschO BReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GG	Grundgesetz
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HDSW	Handbuch der Sozialwissenschaften
he	hessisch
HinterlO	Hinterlegungsordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
i.S.v.	im Sinne von
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JurA	Juristische Analysen
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
LG	Landgericht
LStVG	Landesstraß- und Verordnungsgesetz
MABl.	Ministerialamtsblatt der bayerischen inneren Verwaltung
MPR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
N.F.	Neue Folge
N.J.Z.	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PostVerwG	Postverwaltungsgesetz
Rdn.	Randnummer

RG	Reichsgericht
RGBL.	Rechsgesetzblatt Teil I
RG Z	amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
StabG	Stabilitätsgesetz
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
st. Rspr.	ständige Rechtssprechung
v.	vor
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVG	Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz
WiR	Wirtschaftsrecht
WPM	Wertpapier-Mitteilungen
ZKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen

E i n f ü h r u n g

= = = = =

Die wirtschaftliche Situation der Bundesrepublik Deutschland war in den Jahren 1970/71 gekennzeichnet durch eine ein hohes Zinsniveau bewirkende restriktive Kreditpolitik zum Zwecke der Konjunkturdämpfung. Die Folge davon waren übermäßige Kapitalzuflüsse aus fremden Wirtschaftsgebieten ¹⁾, durch die der binnenwirtschaftliche Restriktionskurs seiner Wirkung mehr oder weniger stark enthoben wurde ²⁾. Der Bundesregierung hätte die Möglichkeit offen-
gestanden, die Kapitaleinfuhr gemäß § 23 Abs. 1, Nr. 6, § 2 Abs. 1 Außenwirtschaftsgesetz (AWG) unter Genehmigungsvorbehalt zu stellen oder überhaupt zu verbieten. Vor dem Hintergrund einer weltweiten Verflechtung des Wirtschaftsverkehrs schien es indes angezeigt, eine weniger dirigistische Methode zur Lenkung der zinsinduzierten internationalen Kapitalströme zu finden ³⁾. Die Bundesregierung beauftragte daher mit Beschluß vom 21. Juli 1971 den Bundesminister für Wirtschaft und Finanzen, einen Gesetzesentwurf vorzubereiten, nach dem auf die Kapitalzuflüsse aus dem Ausland in der Art indirekt Einfluß genommen werden könne, daß ein Teil der Gelder unverzinslich auf einem Konto bei der Deutschen Bundesbank zu halten sei ⁴⁾. Das Ergebnis war das Bardepotgesetz vom 23. Dezember 1971 ⁵⁾ als Novelle zum

1) Der Text folgt der außenwirtschaftlichen Terminologie "Wirtschaftsgebiet", "fremde Wirtschaftsgebiete", "Gebietsansässige" und "Gebietsfremde" gemäß § 4 Abs. 1 AWG.

2) FLACHMANN, Bardepot, S. 13 ff.

3) Vgl. die Rede SCHILLERS vor dem Deutschen Sparkassentag vom 14.12.1971, auszugsweise abgedruckt bei FLACHMANN, Bardepot, S. 92.

4) Vgl. Bulletin Nr. 113 vom 23. Juli 1971, S. 1235.

5) Gesetz zur Änderung des AWG vom 23. Dezember 1971 (BGBl. I S. 2141), in Kraft getreten am 1. Januar 1972. Das Gesetz wird gemeinhin als "Bardepotgesetz" bezeichnet.

AWG. Danach kann die Bundesregierung durch Rechtsverordnung vorschreiben, daß Gebietsansässige einen bestimmten Vom-Hundert-Satz der Verbindlichkeiten aus den von ihnen unmittelbar oder mittelbar bei Gebietsfremden aufgenommenen Darlehen oder sonstigen Krediten während eines bestimmten Zeitraums zinslos auf einem Konto bei der Deutschen Bundesbank zu halten haben (Depotpflicht), wenn die Wirksamkeit der Währungs- und Konjunkturpolitik durch Geld- und Kapitalzuflüsse aus fremden Wirtschaftsgebieten derart beeinflusst wird, daß das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht gefährdet ist (§ 6 a Abs. 1 Satz 1, § 27 Abs. 1 AWG).

Die Bundesregierung hat von der Ermächtigung durch die 21. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) vom 1. März 1972 ⁶⁾ Gebrauch gemacht (§§ 69 a bis 69 c AWV). In der Folgezeit war die Ausführung des Bardepotgesetzes durch die Bundesregierung der wirtschaftlichen Lage entsprechend sowohl dem Gegenstand nach als auch der Höhe des zu haltenden Betrages nach mehrfachen Änderungen unterworfen. Im Zuge nachlassender Kapitalzuflüsse hat die Bundesregierung die Depotpflicht durch die 32. Verordnung zur Änderung der AWV vom 12. September 1974 ⁷⁾ wieder aufgehoben. In Bezug auf die Verbindlichkeiten aus Kreditaufnahme, die in der Zeit vom 1. März 1972 bis 31. Juli 1974 entstanden sind, ist jedoch nach wie vor der Depotpflicht zu entsprechen (§ 3 der 32. Verordnung zur Änderung der AWV).

6) BGBl. I S. 213

7) BGBl. I S. 2324

Erster Teil

Eigenart und Begründung der Depotpflicht =====

§ 1) Rechtsnatur und Bedeutung des Bardepots

I. Das durch die Depotpflicht begründete verwaltungsrechtliche Rechtsverhältnis

Entspricht ein Depotpflichtiger seiner Pflicht, einen bestimmten Geldbetrag bei der Bundesbank zu halten, so entsteht zwischen dem Depotpflichtigen und der Bundesbank ein besonderes Rechtsverhältnis, das als "Bardepot" bezeichnet wird. Im folgenden werden zunächst die einzelnen Rechtsvorgänge bei der Abwicklung der Depotpflicht dargestellt, um daraus auf die Eigenart des Bardepots als Rechtsverhältnis zu schließen.

Gemäß § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG kann durch Rechtsverordnung vorgeschrieben werden, daß Gebietsansässige einen bestimmten Vom-Hundert-Satz der Verbindlichkeiten aus den von ihnen bei Gebietsfremden aufgenommenen Krediten während eines bestimmten Zeitraums zinslos auf einem Konto bei der Deutschen Bundesbank in Deutscher Mark zu halten haben. Der Depotpflichtige kann die zur Erfüllung seiner Depotpflicht eingezahlten Beträge nicht zurückverlangen und den Rückzahlungsanspruch nicht übertragen, solange seine Depotpflicht besteht (§ 6 a Abs. 5 AWG).

Der Depotpflichtige ist also gehalten, einen bestimmten Geldbetrag auf einem Konto bei der Bundes-

bank einzuzahlen. Dies stellt sich dar als Erfüllung einer Geldforderung der Bundesbank und geschieht im Wege der Übereignung von (irgendwelchen) Geldzeichen in Höhe einer bestimmten Summe ¹⁾. Der Depotpflichtige seinerseits erlangt auf Grund der von ihm vorgenommenen Einzahlung einen Rückzahlungsanspruch, der mit dem Ende der Depotpflicht geltend gemacht oder abgetreten werden kann. Der Rückzahlungsanspruch stellt sich ebenfalls als Geldforderung dar, die im Wege der Übereignung von (irgendwelchen) Geldzeichen in Höhe der eingezahlten Summe erfüllt wird. Un-
erheblich ist, daß die Zahlungen in aller Regel im Wege der Überweisung vorgenommen werden ²⁾:
In diesem Fall erfolgt die Übereignung der Geldzeichen unter Einschaltung eines Geldinstitutes des Depotpflichtigen ³⁾.

Der Depotbetrag ist bei der Bundesbank "zinslos zu halten". Das bedeutet, daß der eingezahlte Betrag von der Bundesbank nicht in den allgemeinen Geldverkehr gebracht werden darf. Da Geld gemäß § 91 BGB eine vertretbare Sache ist ⁴⁾, bezieht sich dieses Gebot nicht auf die konkret übereigneten Geldzeichen, sondern auf irgendwelche Geldzeichen in Höhe der hinterlegten Summe. Die Pflicht zur Stilllegung ergibt sich aus Sinn und Zweck des Bardepots, eine Vermehrung der im Wirtschaftsgebiet befindlichen Geldmenge durch Kreditaufnahme bei Gebietsfremden teilweise oder ganz zu verhindern ⁵⁾.

- 1) Vgl. PALANDT, BGB § 245, 2) zur Geldsummen- oder Betragsschuld im Gegensatz zur Stückschuld, die auf Übereignung von bestimmten Geldzeichen etc. gerichtet ist.
- 2) Vgl. Mitteilung der Bundesbank Nr. 7007/72 (BAnz. Nr. 46 vom 7. März 1972, S. 4), Nr. 1.
- 3) PALANDT, BGB, § 270 Anm. 1) b).
- 4) PALANDT, BGB, § 91, Anm. 3).
- 5) Vgl. die Begründung zum Entwurf des Bardepotgesetzes in BT-Drucksache VI/2730, Nr. 1; HEINZE, Rechtsfragen der Bardepotpflicht, in: AWD 1972, S. 313, Fußnote 5.

Das Bardepot ist ein subsidiäres Mittel ⁶⁾ zur Unterstützung der Währungs- und Konjunkturpolitik im Bereich der Geldmengenregulierung und entspricht seinem Wesen nach den allgemeinen Instrumenten dieses Bereichs. Die Bundesbank steuert über die allgemeinen Instrumente die Geldmenge, indem sie je nach Lage dem Markt Geldmittel entzieht oder (wieder) zur Verfügung stellt. Dem Markt können nur dadurch Geldmittel entzogen werden, daß diese stillgelegt werden. Instrumente dieser Art sind die Mindestreserve gemäß § 16 BBankG, die Einlagen-Politik gemäß § 17 BBankG und die Konjunkturausgleichsrücklage gemäß § 15 StabG. Auch hier sind die Geldmittel zinslos zu deponieren ⁷⁾ - die stillgelegten Geldmittel sollen und können keine Zinsen erwirtschaften.

Rechtsgrund für die Geldforderung der Bundesbank aus der Depotpflicht ist das Gesetz und die auf diesem beruhende Rechtsverordnung. Auf Grund Gesetzes wird dem Depotpflichtigen eine Handlungspflicht gegenüber der Bundesbank als juristischer Person des öffentlichen Rechts (§ 2 BBankG) auferlegt, nämlich die Pflicht, die Geldforderung der Bundesbank zu erfüllen. Es besteht eine Subordination des Bürgers unter hoheitliche Gewalt, was nach der Subjektionstheorie als typisches Merkmal für das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses zu erachten ist ⁸⁾. Nach der Zuordnungstheorie gehört das Rechtsverhältnis zwischen Bundesbank und Depotpflichtigem dem öffentlichen Recht an, da berechtigtes Zuordnungssubjekt ausschließlich die Bundesbank als Träger hoheitlicher Gewalt ist ⁹⁾.

6) Vgl. § 6 a Abs. 1 Satz 1; § 2 Abs. 3 und 4 AWB.

7) v. SPINDLER-BECKER-STARKE, BBankG, S. 62.

8) FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 113 f.; EYER-MANN-FRÖHLER, VwGO, § 40 Anm. 3.

9) WOLFF-BACHOF, Verwaltungsrecht §, § 22 II. c).

Dem Gehalt nach übt die Bundesbank ordnende Verwaltung aus, da die freie wirtschaftliche Betätigung des Bürgers zugunsten der allgemeinen währungs- und konjunkturpolitischen Zielsetzung gemäß § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG beschränkt wird¹⁰⁾. Unterscheidet man nach dem Zweck der Verwaltungstätigkeit ordnende, leistende und lenkende Verwaltung und versteht man unter ordnender Verwaltung lediglich die polizeiliche Gefahrenabwehr und die Abgabenerhebung, unter lenkender Verwaltung aber diejenige Tätigkeit, durch die auf bestimmte gesellschaftliche Zustände oder Abläufe eingewirkt wird, um einen wirtschaft- oder sozialpolitisch erwünschten Zustand herzustellen oder zu erhalten¹¹⁾, so übt die Bundesbank als Berechtigte aus der Depotpflicht lenkende Verwaltung aus, da die Depotpflicht gemäß § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG der Sicherung der allgemeinen währungs- und konjunkturpolitischen Zielsetzung dient. Der Form nach stellt sich die Tätigkeit der Bundesbank als Eingriffsverwaltung dar, da eine gesetzliche Pflicht zur Erfüllung der Depotpflicht besteht, die gegebenenfalls im Wege der Beitreibung durchgesetzt werden kann, vgl. § 28 a Abs. 1 AWG¹²⁾.

Der mit dem Ende der Depotpflicht gemäß § 6 a Abs. 5 AWG entstehende Rückzahlungsanspruch ist als Kehrseite der Geldforderung der Bundesbank ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur. Der Rückzahlungsanspruch stellt sich als gesetzlich festgelegter Erstattungsanspruch dar. Der Erstattungsanspruch ist als eigenes öffentlich-rechtliches Rechtsinstitut

10) WOLFF-BACHOF, Verwaltungsrecht I, § 3 I. b) 1.

11) So BADURA, Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, in: DÖV 1966, S. 624 ff. (630). Die Unterscheidung nach dem Zweck hält WOLFF in Verwaltungsrecht III, § 137 II. c) 5. für ungeeignet.

12) WOLFF-BACHOF, Verwaltungsrecht I, § 3 I. c) 2.

historisch aus der bürgerlich-rechtlichen ungerechtfertigten Bereicherung gemäß § 812 ff. BGB entstanden ¹³⁾ und kann als die Rechtsfolge bezeichnet werden, die an Tatbestände anknüpft, welche eine rechtsgrundlose, nach öffentlich-rechtlicher Terminologie als rechtswidrig zu bezeichnende Vermögensverschiebung darstellen und die - gehörten sie dem bürgerlichen Recht an - nach den §§ 812 ff. BGB zu beurteilen wären ¹⁴⁾. Dementsprechend ist der Erstattungsanspruch auch dann gegeben, wenn der rechtliche Grund der Vermögensverschiebung im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB später in Wegfall kommt ¹⁵⁾, im Falle des Bardepots also mit dem Ende der Depotpflicht. Da der Erstattungsanspruch ein eigenes öffentlich-rechtliches Rechtsinstitut verkörpert, das seinen Grund unmittelbar in der die Vermögensverschiebung anordnenden Norm findet, ist eine ausdrückliche Normierung, wie sie in § 6 a Abs. 5 AWG erfolgt ist, an sich nicht erforderlich ¹⁶⁾, aber doch der Klarstellung dienlich ¹⁷⁾.

Es läge nahe, das durch die Depotpflicht entstehende Rechtsverhältnis als Darlehen anzusehen. Ein Darlehen ist gegeben, wenn Geld oder andere vertretbare Sachen mit der Pflicht empfangen werden, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten, vgl. § 607 Abs. 1 BGB. Dem Wortlaut des Gesetzes ist nicht zu entnehmen, welche Befugnisse dem Darlehensnehmer hinsichtlich der empfangenen Sache zustehen und

13) WEBER, Der Erstattungsanspruch, S. 17; WOLFF-BACHOF, Verwaltungsrecht I, § 44 I. b) 6.

14) WEBER, Der Erstattungsanspruch, S. 11 und 27.

15) WEBER, Der Erstattungsanspruch, S. 28.

16) WEBER, Der Erstattungsanspruch, S. 36 f.

17) Weitere Beispiele von gesetzlichen Erstattungsansprüchen finden sich in §§ 150 ff. AO.

in welcher Form das Darlehen empfangen wird. Die Frage nach den wesensbestimmenden Merkmalen des Darlehens wird indes durch die rechtsgeschichtliche Entwicklung beantwortet. Im Geschäftsverkehr der römischen Antike war "mutuum" die Hingabe des Darlehens aus der einen Hand in die andere in der Art, daß der Nehmer beliebig über das Geld sollte verfügen dürfen. Daraus schloß die Jurisprudenz, daß es der Zweck des Darlehens erfordert, dem Nehmer die freie Verfügung über den Geldbetrag zu gestatten. Zu diesem Zweck muß dem Nehmer das Eigentum an den ihm als Darlehen übergebenen Geldzeichen eingeräumt werden. Die Übereignung der Darlehensvaluta an den Darlehensnehmer ist zwar ein notwendiges Erfordernis des Geschäfts, aber nicht sein Zweck, sondern nur Mittel zum Zweck, dem Darlehensnehmer die Nutzung des Kapitals auf Zeit zu ermöglichen¹⁸⁾. Das heutige Recht hat diese Begriffsbestimmung unverändert übernommen¹⁹⁾.

Nun werden zwar beim Bardepot ebenfalls Geldzeichen übereignet mit der Maßgabe, daß nach Ablauf eines Zeitraums (irgendwelche) Geldzeichen in Höhe der gleichen Summe zurückzuerstatten sind²⁰⁾. Doch verfolgt die Übereignung nicht den Zweck, der Bundesbank die Nutzung des Kapitals zu ermöglichen. Der Geldbetrag ist im Gegenteil von der Nutzung dadurch ausgeschlossen, daß die Bundesbank das Geld für

18) v.LÜBTOW, Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht, S. 15 f.

19) Vgl. die Ausführungen der Autoren SCHLOSSMANN, Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges, in: Iherings Jahrbücher Bd. 45 (1903), S. 97 ff. (136); HAYMANN, Die Schenkung unter einer Auflage (1905), S. 63; BOEHMER, Realverträge im heutigen Recht, in: ArchBürgR. Bd 38 (1913), S. 314 ff (320). Von den neueren Autoren vgl. v. STAUDINGER, BGB, Vorbem. § 607, 1. b); PALANDT, BGB § 607, 1) c); LARENZ, Schuldrecht II. Band, S. 189.

20) Vgl. oben S. 3 f.

den Zeitraum der Depotpflicht stillegt, das heißt dem allgemeinen Geldverkehr entzieht, um dem Zweck des Bardepots zu entsprechen, einer durch Geldzuflüsse aus fremden Wirtschaftsgebieten bewirkten Vermehrung der im Wirtschaftsgebiet befindlichen Geldmenge teilweise oder ganz zu begegnen ²¹⁾. Der Zweck der Übereignung von Geldzeichen bei der Abwicklung der Depotpflicht erschöpft sich in den Vorteilen bei der praktischen Handhabung des Zahlungsverkehrs. Denn es ist unerheblich, ob Geld durch dieses oder jenes konkrete Geldzeichen ausgedrückt wird. Die Abwicklung des Zahlungsverkehrs wird erheblich vereinfacht, wenn nur irgendwelche Geldzeichen in Höhe der geschuldeten Summe Gegenstand einer Forderung sind.

Wenn das Rechtsverhältnis, das aus der Depotpflicht entsteht, kein Darlehen ist, weil der Depotbetrag der Nutzung entzogen ist, drängt sich der Gedanke an ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis auf, bei dessen Vorliegen für vermögensrechtliche Ansprüche der ordentliche Rechtsweg gegeben wäre (§ 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO). Das aus der bürgerlich-rechtlichen Verwahrung gemäß §§ 688 ff. BGB entstandene Institut der öffentlich-rechtlichen Verwahrung wurde bereits vom Reichsgericht anerkannt und seitdem in ständiger Rechtsprechung ²²⁾ im Einklang mit der Literatur ²³⁾ in Anlehnung an § 688 BGB als ein Verhältnis definiert, das entsteht, "wenn eine Behörde in Erfüllung staatlicher Belange Sachen einer Privatperson in Besitz nimmt

21) Vgl. oben S. 4 f.

22) Vgl. z.B. RGZ 115, S. 419 ff. (421); BGH WPM 1962, S. 1032 ff. (1033).

23) Vgl. z.B. MENDER-ERICHSEN, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VerwArch. Bd. 57, 1966, S. 64 ff. (73); FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 176.

und der Berechtigte dadurch an eigenen Obhutsmaßnahmen gehindert ist" ²⁴⁾. Dieser Definition zufolge können nur zu Besitz übergebene bestimmte einzelne Geldzeichen, nicht aber Geldbeträge, die summenmäßig auf Grund einer Forderung erstattet werden, Gegenstand eines öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnisses sein.

Es ist aber zu bedenken, daß das bürgerliche Recht mit dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrag ("depositum irregulare") ein Institut kennt, durch das Forderungen mit der Verwahrung in Bezug gebracht werden. Gemäß § 700 BGB finden die Vorschriften über das Darlehen Anwendung, wenn vertretbare Sachen in der Art hinterlegt werden, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren (Abs. 1 Satz 1). Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, die hinterlegten vertretbaren Sachen zu verbrauchen, so finden die Vorschriften über das Darlehen von dem Zeitpunkt Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet (Abs. 1 Satz 2). Dabei bestimmen sich in beiden Fällen Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag (Abs. 1 Satz 3). Durch den unregelmäßigen Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer insoweit dem Darlehensnehmer gleichgestellt, als er die hinterlegten Sachen nutzen kann ²⁵⁾. Er muß jedoch jederzeit damit rechnen, daß der Hinterleger von seinem Rückgaberecht Gebrauch macht (§ 695 BGB). Als typisches Beispiel für die unregelmäßige Verwahrung gilt die Einlage von täglichen Geldern bei der Bank ²⁶⁾. Das

24) Vgl. Die Definition des LG Köln in NJW 1965, S. 1440.

25) LARENZ, Schuldrecht II, S. 284.

26) PALANDT, BGB, 9700, Anm. 1).

Recht auf jederzeitige Rückgabe ist Ausdruck der Tatsache, daß die Übereignung der vertretbaren Sachen mit dem Recht auf Nutzung im Interesse des Hinterlegers erfolgt ²⁷⁾. Lediglich dieser Gesichtspunkt unterscheidet die unregelmäßige Verwahrung vom Darlehen ²⁸⁾ und hat den Gesetzgeber veranlasst, durch die §§ 607 und 700 BGB zwei selbständige Rechtsinstitute zu schaffen ²⁹⁾. Daraus folgt, daß die unregelmäßige Verwahrung ihrem Inhalt nach nicht als Verwahrung in dem Sinne aufzufassen ist, daß der Verwahrer Obhutsmaßnahmen zu treffen hat. An Sachen, die zu Eigentum übergehen und die man nicht zurückzugeben hat, kann keine Obhut im Interesse des Hinterlegers ausgeübt werden. Es ist aber gerade dieser Inhalt des Rechtsverhältnisses und nicht die Begründung und Rückabwicklung für den Rückgriff des öffentlichen Rechts auf die Verwahrung des bürgerlichen Rechts maßgebend, da Begründung und Rückabwicklung sich ohnehin direkt nach speziellen öffentlich-rechtlichen Normen vollziehen. Die unregelmäßige Verwahrung des bürgerlichen Rechts gemäß § 700 BGB ist damit ungeeignet, das Institut der öffentlich-rechtlichen Verwahrung auf Forderungen auszudehnen, die - wie beim Bardepot - auf eine der Nutzung durch den "Verwahrer" entzogene Geldsumme gerichtet sind.

Indes bleibt zu untersuchen, ob der Gesetzgeber im Bereich des öffentlichen Rechts ein Verwahrungsverhältnis an Forderungen ermöglicht hat. Als Gegenstand der Untersuchung drängt sich die Hinterlegungsordnung (HinterlO) vom 10. März 1937 ³⁰⁾ auf. Zur Hinterlegung bei den Amtsgerichten als Hinter-

27) LARENZ, Schuldrecht II, S. 284.

28) PALANDT, BGB, § 700, Anm. 1); LARENZ, Schuldrecht II, S. 283 f.; FIKENTSCHER, Schuldrecht, S. 508.

29) v. STAUDINGER, BGB, § 700, I.2.

30) RGBl. I 1937, S. 285.

legungsstellen werden Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten angenommen (§§ 1 und 5 HinterlO). Dabei gehen gesetzliche und gesetzlich zugelassene Zahlungsmittel in das Eigentum des R e i c h s über (§ 7 Abs. 1 HinterlO), während Wertpapiere, sonstige Urkunden und Kostbarkeiten unverändert aufbewahrt werden (§ 9 Abs. 1 HinterlO). Die Herausgabe bedarf einer Verfügung der Hinterlegungsstelle (§ 12 HinterlO). Ist die Herausgabe erfolgt, kann das R e i c h nur auf Grund der Vorschriften über die Haftung für Amtspflichtverletzungen der Justizbeamten in Anspruch genommen werden (§ 18 HinterlO). Aus § 18 HinterlO in Verbindung mit der amtlichen Begründung zu § 18 HinterlO ³¹⁾ wird von den Kommentatoren ³²⁾ der Schluß gezogen, daß durch die Hinterlegung gemäß der HinterlO ein Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur entsteht, auf welches die Grundsätze der öffentlich-rechtlichen Verwahrung Anwendung finden, soweit die HinterlO keine Sondervorschriften enthält. § 18 HinterlO regelt lediglich die Herausgabe an einen Unberechtigten, nicht aber den Verlust oder die Beschädigung der Masse. Für letztere hätten daher die Grundsätze der öffentlich-rechtlichen Verwahrung zu gelten ³³⁾. DRISCHLER verweist in diesem Rahmen auf Entscheidungen des

-
- 31) Die amtliche Begründung zu § 18 HinterlO lautet: "§ 18 zieht die Folgerung aus der öffentlichen Natur des Hinterlegungsverhältnisses. Ist die Herausgabe einmal erfolgt, so sind weitere Anträge im Hinterlegungsverfahren und die Klage auf Herausgabe nicht mehr zulässig. Etwaige Rechte können von dem Verletzten nur auf Grund der allgemeinen Vorschriften über die Haftung der Amtspflichtverletzungen der Justizbeamten geltend gemacht werden." (Vgl. DJ 1937, S. 423 ff. (425).
- 32) Vgl. DRISCHLER, HinterlO, S. 8; KRIEGE-BÜLOW, HinterlO, S. 123; PALANDT, Einf. vor § 688, Anm. 4) b).
- 33) DRISCHLER, HinterlO, S. 65; KRIEGE-BÜLOW aaO.

Reichsgerichts, die sich mit der öffentlich-rechtlichen Verwahrung an Sachen befassen ³⁴⁾. Daraus kann geschlossen werden, daß die Kommentatoren lediglich die Fälle gemäß § 9 Abs. 1 Hinterlo unter das Institute der öffentlich-rechtlichen Verwahrung subsumieren. Der Fall des § 7 Abs. 1 Hinterlo wird - wenn auch nicht expressis verbis - nicht damit in Zusammenhang gebracht. § 7 Abs. 1 Hinterlo legt aber fest, daß an hinterlegtem Geld Eigentum des Reichs entsteht. Die Folge ist, daß dem Hinterleger bzw. demjenigen, zu dessen Gunsten hinterlegt wurde, eine Geldforderung gegenüber der Hinterlegungsstelle erwächst. Die Konsequenz daraus zieht die Hinterlo nicht, wenn in § 12 lediglich die Herausgabe von Sachen geregelt ist, nicht aber, wann im Fall des § 7 Abs. 1 die Forderung geltend gemacht werden kann. Es ergibt sich aber aus der Konstruktion der Hinterlo, daß sich § 12 auch auf den Fall des § 7 Abs. 1 bezieht. Der Gesetzgeber hat jedenfalls auch durch die Hinterlo nicht die Möglichkeit geschaffen, an einer Geldforderung öffentlich-rechtliche Verwahrung zu begründen.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist denn auch in ständiger Übung im Gegensatz zu vielen Instanzgerichten ³⁵⁾ der Meinung, daß öffentlich-rechtliche Verwahrung an Forderungen nicht möglich ist. Das folge aus § 700 BGB, wonach für den unregelmäßigen Verwahrungsvertrag grundsätzlich die Bestimmungen des Darlehensvertrages und lediglich in einigen Nebenpunkten die des Verwahrungsvertrages Anwendung finden ³⁶⁾. Lediglich bei MERK fin-

34) Vgl. DRISCHLER, Hinterlo, S. 8: RGZ 115, S. 419 ff (421); RGZ 138, S. 40 ff. (41 f.); RG JW 1934, S. 2842 ff. (2843).

35) Anm. KREFT zu BGH LM Nr. 71 zu § 13 GVG.

36) So expressis verbis BGH Z 34, S. 349 ff. (354). Vgl. im übrigen die st. Rspr. in BGH NJW 1952, S. 658 ff. (659); OLG Hamburg MDR 1961,

det sich die Behauptung, daß öffentlich-rechtliche Verwahrung an Forderungen entsprechend § 700 BGB möglich sei ³⁷⁾. Es fehlt jedoch die erforderliche Begründung, so daß die Behauptung nicht geeignet ist, das hier gefundene Ergebnis in Frage zu stellen.

Das Rechtsverhältnis, das aus der Depotpflicht entsteht, stellt sich damit seinem Inhalt nach weder als Darlehen noch als Verwahrung dar, sondern ist ein Rechtsverhältnis eigener Art, geprägt durch das wirtschaftspolitische Erfordernis, auf die der Volkswirtschaft zur Verfügung stehende Geldmenge durch zeitweiligen Entzug von Geldmitteln Einfluß zu nehmen. Insofern steht das Bardepot in einer Reihe mit den wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen aus der Mindestreserverpflicht, der Einlagen-Politik und der Konjunkturausgleichsrücklage ³⁸⁾.

II. Die Heranziehung des Depotpflichtigen

1. Melde- und Auskunftspflicht

Wer der Depotpflicht unterliegt, hat dies der Bundesbank zu melden (§ 26 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AWG; § 69 c Abs. 1 AWW). Die Meldungen sind bei der Bundesbank zu erstatten und bei der Landeszentralbank, Hauptstelle oder Zweigstelle einzureichen, in deren Bereich der Meldepflichtige ansässig ist (§ 69 c Abs. 2; § 63 Abs. 1 AWW). Die Meldepflicht ist bußgeldbewehrt (§ 33 Abs. 4 Nr. 2 AWG; § 71 Abs. 2 Nr. 10 AWW).

S. 689 ff. (690); BGH WPM 1962, S. 1032 ff. (1033); heVGH DÖV 1963, S. 389.

37) MERK, Verwaltungsrecht, S. 1697.

38) Vgl. oben S. 5.

Um die Einhaltung des Bardepotgesetzes und der dazu erlassenen Rechtsverordnung sicherzustellen, kann die Bundesbank von den unmittelbar oder mittelbar am Außenwirtschaftsverkehr Beteiligten nach Maßgabe des § 44 AWG die erforderlichen Auskünfte verlangen und Prüfungen vornehmen.

2. Der Heranziehungsbescheid

Auf der Grundlage der Anmeldungen gemäß § 69 c Abs. 1 AWV erlässt die Bundesbank gegenüber dem Depotpflichtigen den Heranziehungsbescheid, sofern dieser seiner Verpflichtung nicht nachkommt (§ 28 a Abs. 1 AWG). Für die Bundesbank handeln die jeweils zuständigen Landeszentralbanken (§ 8 Abs. 1 und 2 BBankG).

Der Heranziehungsbescheid ist keine Rechtsgrundlage derart, daß die Depotpflicht durch diesen erst begründet wird, da die Frage, ob jemand der Depotpflicht unterliegt, bereits durch § 6 a AWG; § 69 a, § 69 b AWV beantwortet wird. Die Depotpflicht ist Folge der Tatsache, daß ein Gebietsansässiger bei einem Gebietsfremden Kredit aufgenommen hat und besteht damit auch dann, wenn der Depotpflichtige nicht durch Bescheid gemäß § 28 a AWG zur Erfüllung seiner Pflicht herangezogen wird. Dementsprechend ist bereits die Depotpflicht und nicht erst die Heranziehung durch Bescheid bußgeldbewehrt (§ 33 Abs. 2 AWG; § 71 Abs. 1 Nr. 10 AWV).

Der Heranziehungsbescheid begründet also kein Recht, sondern setzt dieses voraus und stellt es in deklaratorischer Art fest. Neben der Feststellung, daß und in welcher Höhe Depotpflicht besteht, wird verfügt, daß der Depotpflicht durch Zahlung zu entsprechen ist. Der Heranziehungsbescheid stellt sich damit als eine Handlung gebietender Verwaltungs-

akt feststellenden Charakters dar³⁹⁾.

Gemäß § 28 a Abs. 2 AWG haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den Heranziehungsbescheid keine aufschiebende Wirkung.

Da die Zahlung des Depotpflichtigen keine Leistung ist, die die Bundesbank zur Deckung ihres Finanzbedarfs kraft Hoheitsrechts einverlangt, der gezahlte Betrag vielmehr stillzulegen und zurückzugewähren ist, entfällt die aufschiebende Wirkung nicht schon wegen der Anforderung einer "öffentlichen Abgabe" (§ 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO)⁴⁰⁾. § 28 a Abs. 2 AWG normiert einen durch Bundesgesetz besonders vorgesehenen Fall im Sinne von § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO. Der Gesetzgeber hat damit selbst entschieden, daß an der sofortigen Vollziehung ein besonderes öffentliches Interesse besteht⁴¹⁾, während diese Entscheidung andernfalls gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO von der Bundesbank zu treffen gewesen wäre. Der Grund für die generelle Aufhebung der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen gegen den Heranziehungsbescheid ist darin zu sehen, daß langwierige gerichtliche Auseinandersetzungen das Bardepot als Instrument zu kurzfristiger Einflußnahme auf den volkswirtschaftlichen Geldverkehr zu unterlaufen vermögen. Es ist aber gerade die kurzfristig einsetzende Wirkung wesensbestimmendes Merkmal des Bardepots, da

39) FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 209; WOLFF-BACHOF, Verwaltungsrecht I, § 47 I.a) 1. Das Wesen eines solchen Verwaltungsaktes ist deutlich herausgestellt in § 3 StAnpG. Danach entsteht die Steuerschuld, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Steuer knüpft (Abs. 1), wobei für die Entstehung der Steuerschuld unerheblich ist, ob und wann die Steuer festgesetzt wird und wann die Steuer zu entrichten ist (Abs. 2).

40) EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, § 80 Rdn. 17.

41) EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, § 80 Rdn. 47 a.E.

auf die häufigem Wechsel unterlegene Intensität der Geld- und Kapitalzuflüsse nur durch rasches Zugreifen angemessen reagiert werden kann. Im übrigen bleibt dem zum Bardepot Herangezogenen die Möglichkeit unbenommen, gemäß § 80 Abs. 5 VwGO zu beantragen, daß das Gericht der Hauptsache die aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe wiederherstellt. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß das vom Gesetzgeber unterstellte besondere Interesse der Allgemeinheit an der sofortigen Vollziehung nur wegen besonders stark ausgeprägter privater Interessen im Einzelfall nicht gegeben sein könnte ⁴²⁾.

Der Heranziehungsbescheid wird in entsprechender Anwendung der §§ 1 bis 5 VwVG vollstreckt (§ 28 a Abs. 1 Satz 2 AWG).

Es handelt sich dabei um eine deklaratorische Bestimmung, da sich die Art der Vollstreckung bereits aus dem VwVG in Verbindung mit dem BBankG ergibt. Gemäß § 1 Abs. 1 VwVG werden öffentlich-rechtliche Geldforderungen der bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts nach den Bestimmungen dieses Gesetzes im Verwaltungsweg vollstreckt. Der Deutschen Bundesbank steht gegenüber dem Depotpflichtigen eine öffentlich-rechtliche Geldforderung zu ⁴³⁾. Die Deutsche Bundesbank ist bundesunmittelbare juristische Person des öffentlichen Rechts (§ 2 Satz 1 BBankG). Die §§ 1 bis 5 VwVG finden damit nicht entsprechende, sondern direkte Anwendung auf die Vollstreckung des Heranziehungsbescheides. Die Fassung des § 28 a Abs. 1 Satz 2 AWG enthält einen gesetzestechnischen Fehler, der sich mit HAASE so erklären läßt, daß der Gesetzgeber offenließ, ob § 1 Abs.1 VwVG auch Geld-

42) EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, § 80 Rdn. 47 a.E.

43) Vgl. oben S. 4 f.

beträge erfaßt, die nicht endgültig beim Gläubiger verbleiben, und deshalb jeden Zweifel ausschließen wollte ⁴⁴⁾.

Die Bundesbank ordnet gegebenenfalls gemäß § 3 Abs. 4 VwVG die Vollstreckung an. Die Vollstreckung selbst erfolgt durch die Hauptzollämter als Vollstreckungsbehörden der Bundesfinanzverwaltung (§ 3 Abs. 4 VwVG; § 1 Abs. 1 Nr. 4 FvG) ⁴⁵⁾. Die Bundesbank kann die Vollstreckung auch im Wege der Amtshilfe von Organen der Länder nach deren Bestimmungen vornehmen lassen. In diesem Rahmen sind die Behörden der Länder der Bundesbank zu Amtshilfe verpflichtet (Art. 35 Abs. 1 GG) ⁴⁶⁾. In der Praxis läßt die Bundesbank durch die Hauptzollämter vollstrecken.

III. Das Bardepot im größeren Zusammenhang der Währungs- und Konjunkturpolitik und des Außenwirtschaftsrechts

Das Bardepot verfolgt den Zweck, die durch Geld- und Kapitalzuflüsse aus fremden Wirtschaftsgebieten bewirkte Gefährdung der allgemeinen währungs- und konjunkturpolitischen Zielsetzung auszuschalten und ist damit zunächst Ausdruck von Wirtschaftspolitik überhaupt. Wirtschaftspolitik kann als Inbegriff der gestaltenden Maßnahmen bezeichnet werden, welche der Staat oder von ihm abgeleitete Einrichtungen im Hinblick auf Wirtschaftsprozeß, -struktur und -ordnung treffen ⁴⁷⁾.

Die Wirtschaftspolitik der Industrieländer war vom

44) HAASE, Das Bardepotgesetz, in: WiR 1972, S. 87 ff. (101).

45) KÜHN-KUTTER, Abgabenordnung, Al vor § 325 AO.

46) SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, GG, Art. 35 Anm. 3).

47) Schiller, Wirtschaftspolitik, in: HDSW Bd. 12 (1965), S. 210.

letzten Viertel des 19. Jahrhunderts bis zum ersten Weltkrieg im wesentlichen durch punktuellen Interventionismus in dem Sinn gekennzeichnet, daß Probleme der verschiedenen gesellschaftlichen Erscheinungsformen wie Industriegewirtschaft oder Agrarwirtschaft durch ad-hoc Maßnahmen gelöst wurden, ohne dem ein gesamtwirtschaftliches Konzept überzuordnen. Der Einsicht in die wechselseitigen Auswirkungen dieser Sektorenpolitik folgte die wesentlich durch KEYNES ⁴⁸⁾ geförderte Entwicklung einer übergreifenden, nationalen Wirtschaftspolitik mit dem Ziel der gesellschaftlichen Wohlfahrt auf der Grundlage der Marktwirtschaft. Teilaspekte der gesamtwirtschaftlichen Zielsetzung sind nach heutigen Vorstellungen Vollbeschäftigung, Geldwertstabilität, Zahlungsbilanzausgleich und Wirtschaftswachstum ⁴⁹⁾.

Die Marktwirtschaft allein gewährleistet nicht, daß allen diesen übergreifenden Interessen gleichermaßen Rechnung getragen wird. Es bedarf vielmehr einer globalen Steuerung, um konjunkturell bedingte Ungleichgewichte zu verhindern. Maßnahmen, die getroffen werden, um der Ungleichmäßigkeit des Wirtschaftsablaufs durch Stabilisierung zu begegnen, sind Ausdruck von Konjunkturpolitik. Daß heute die Wirtschaftspolitik der Konjunkturpolitik verpflichtet ist, wird durch § 1 des Gesetzes zu Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (StabG) vom 8. Juni 1967 ⁵⁰⁾ in der Art ausgedrückt, daß Bund und Länder bei ihren wirtschaft- und finanzpolitischen Maßnahmen die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu beachten haben (Satz 1), wobei die Maßnahmen so zu treffen sind, daß sie im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung gleich-

48) J.M. KEYNES, The General Theory of Employment, Interest and Money, London - New York 1936.

49) Vgl. zum ganzen SCHILLER, a.a.O., S. 210 ff.

50) BGBl. I S. 582.

zeitig zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem hohen Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichen Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen (Satz 2) ⁵¹⁾.

Neben der Finanzpolitik ist der Währungspolitik entscheidende Bedeutung als Mittel der allgemeinen Konjunkturpolitik beizumessen ⁵²⁾. Währungspolitik ist das Verhalten des Staates gegenüber dem Geld, das endogen auf die Ordnung (Sicherung) des Geldwesens in Form von Geldwertstabilität und Ausgleich der Zahlungsrohbilanz, exogen auf Vollbeschäftigung und Wirtschaftswachstum gerichtet ist ⁵³⁾. Instrument der Währungspolitik ist neben der Finanzpolitik die Zentralbankpolitik insbesondere in Form von Diskont-, Mindestreserve- oder Offenmarktpolitik, durch die die im Wirtschaftsgebiet verfügbare Geld- und Kreditmenge und damit der Konjunkturverlauf beeinflusst wird ⁵⁴⁾.

Die auf freier Währungskonvertibilität beruhenden außenwirtschaftlichen Bewegungen vermögen indes die

51) Die durch § 1 StabG erfolgte Aufschlüsselung in einzelne Konjunkturziele kritisiert STACHELS mit dem Argument, daß es sich dabei eher um eine Aufsplitterung in teilweise sich widersprechende Teilziele als um eine echte Konkretisierung handle. Das eigentliche Konjunkturziel lasse sich auf Grund der Vielfalt der den Konjunkturverlauf bestimmenden Einzelfaktoren kaum konkreter als mit dem Begriff des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts erfassen, d.h. der Vermeidung lang andauernder Ungleichgewichtslagen zwischen gesamtwirtschaftlicher Nachfrage und Produktionskapazität, vgl. STACHELS, Das Stabilitätsgesetz im System des Regierungshandelns, S. 4.

52) SCHILLER, a.a.O., S. 220; JÖHR, Konjunktur in: HDSW Bd 6 (1959), S. 114 ff. (127); LIPFERT, Einführung in die Währungspolitik, S. 50.

53) LIPFERT, a.a.O., S. 51. Nach anderer Terminologie ist Währungspolitik nur der Teil der Geldpolitik des Staates, die auf Sicherung des Geldwesens in oben genannten Sinne gerichtet ist, vgl. MOELLER, Währung, in: HDSW Bd 11 (1961), S. 430 ff. (431).

54) SCHILLER, a.a.O., S. 220.

innenwirtschaftliche Maßnahmen der Währungs- und Konjunkturpolitik ihrer Wirkung zu entheben. Es bedarf daher einer besonderen außenwirtschaftlichen Absicherung ⁵⁵⁾. Dieser Gedanke hat in § 4 StabG seinen Niederschlag gefunden, wonach die Bundesregierung bei außenwirtschaftlichen Störungen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, deren Abwehr durch innenwirtschaftliche Maßnahmen nicht oder nur unter Beeinträchtigung der in § 1 genannten Ziele möglich ist, alle Möglichkeiten der internationalen Kooperation und die ihr zur Verfügung stehenden wirtschaftspolitischen Mittel zu nutzen hat. Außenwirtschaftliche Störungen im Sinne des § 4 StabG sind zum einen Störungen, die das außenwirtschaftliche Gleichgewicht selbst betreffen und sich in einer unausgeglichene Zahlungsbilanz zeigen, zum anderen aber auch Störungen, die innenwirtschaftliche Maßnahmen zur Aufrechterhaltung oder Wiedererlangung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts überhaupt unterlaufen ⁵⁶⁾.

Ursache der Störungen im Bereich des internationalen Geld- und Kapitalverkehrs kann die Erwartung von Wechselkursänderungen sein. Daneben sind Zinsunterschiede für internationale Kapitalverlagerungen ausschlaggebend ⁵⁷⁾. Die Wechselkurspolitik allein ist nicht geeignet, die Kapitalströme im erforderlichen Maß zu lenken. Der Gesetzgeber hat daher zunächst durch die §§ 22 und 23 AWG die Möglichkeit eröffnet, den internationalen Kapitalverkehr zu beschränken.

Vorläufer des AWG überhaupt waren die Devisenbewirtschaftungsgesetze in Form des Gesetzes Nr. 33 des Rates der Alliierten Kommission als Zusammenfassung

55) SCHILLER, a.a.O., S. 220.

56) STERN-MÜNCH-HANSMEYER, StabG, § 4 III.2.;

57) STERN-MÜNCH-HANSMEYER, StabG, § 4 III.B.

des Gesetzes Nr. 53 (Neufassung) "Devisenbewirtschaftung und Kontrolle des Güterverkehrs" der amerikanischen und britischen Militärregierung sowie der Verordnung Nr. 235 des Französischen Hohen Kommissars. Die Devisenbewirtschaftungsgesetze knüpften die Reglementierung des Außenwirtschaftsverkehrs an den Zahlungsvorgang an und unterwarfen diesen dem Prinzip nach dem Verbot mit Genehmigungsvorbehalt. Das der Zahlung zugrundeliegende Rechtsgeschäft war erst in sekundärer Hinsicht von Bedeutung, nämlich für die Frage, ob die Zahlung zu genehmigen sei ⁵⁸⁾. Demgegenüber enthält das AWG keinerlei Rechtsgrundlage für die Beschränkung des Zahlungsverkehrs, sondern stellt allein auf den der Zahlung zugrundeliegenden Verpflichtungsgrund ab ⁵⁹⁾. Dies gilt auch für den Bereich des internationalen Kapitalverkehrs, wie er in § 22 AWG betreffend die Kapitalausfuhr und in § 23 AWG betreffend die Kapitaleinfuhr unter der gemeinsamen Bezeichnung "Kapitalverkehr" einer Regelung unterworfen wurde. Der Begriff "Kapitalverkehr" ist der Wirtschaftswissenschaft entlehnt und durch die Tatsache bestimmt, daß Geldbeträge zum Zwecke der Nutzung transferiert werden. Die Geldbeträge sollen in der Art eingesetzt werden, daß ein Geldreinertrag entsteht ⁶⁰⁾. Nicht Kapitalverkehr ist damit der sog. laufende Zahlungsverkehr, der sich insbesondere in Form der Erfüllung von Verbindlichkeiten ausdrückt ⁶¹⁾.

58) LANGEN, AWG, Einf. (Teil B), Rdn. 4.; SIEGFÄHNING-KÖLLING, AWG, Einf.

59) LANGEN, a.a.O.

60) GUTMANN, Kapitalverkehr- internationaler, in: HDSW Bd. 5 (1956). S. 525.

61) Vgl. Langen, AWG, Vor § 22 Rdn. 1 unter Hinweis auf Art. VI Abschnitt 3 des Abkommens über den Internationalen Währungsfonds (IWF) vom 22.7.1944 (BGBl. II 1952. S. 637), wonach den Mitgliedern gestattet ist, internationale Kapitalbewegungen zu regulieren, während Zahlungen für laufende Geschäfte nicht eingeschränkt und Kapitalüberweisungen zur Erfüllung von Verbindlich-

Der Gesetzgeber hat den Kapitalverkehr derart einer Verpflichtungskontrolle unterworfen, daß er in den §§ 22 und 23 AWG einen Katalog von Tatbeständen aufgeführt hat, mit der Folge, daß neben dem laufenden Zahlungsverkehr, dem Verbringen von Zahlungsmitteln über die Grenze und dem Geldwechselgeschäft auch der Kapitalverkehr im übrigen keinerlei Beschränkung unterliegt ⁶²⁾. Der Katalog umfaßt in etwa gleichermaßen für die Bereiche der Kapitalausfuhr und Kapitaleinfuhr den entgeltlichen Erwerb von Grundstücken und Rechten an Grundstücken, Wertpapieren und Wechseln, die Unterhaltung von Guthaben bei Geldinstituten und die Gewährung von Krediten. Darüber hinaus unterliegt im Bereich der Kapitaleinfuhr der entgeltliche Erwerb von im Schiffsregister eingetragenen Schiffen und Rechten an solchen Schiffen, von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen sowie die Gründung von Unternehmen und Ausstattung von Unternehmen mit Vermögenswerten der Beschränkung ⁶³⁾. Die Beschränkung kann dem System des AWG entsprechend durch Rechtsverordnung der Bundesregierung erfolgen und eine Genehmigungspflicht oder ein Verbot beinhalten (§§ 2 Abs. 1; 27 Abs. 1 AWG).

Der Kapitalverkehr vermag die Zahlungsbilanz erheblich zu beeinflussen. Während Kapitalausfuhr zu einem Angebot von DM im Ausland oder einer Verringerung der Devisenbestände führt, bewirkt Kapitaleinfuhr neben dem Zufluß von Devisen eine auf freier Wäh-

keiten nicht ungebührlich verzögert werden dürfen, sowie SIEG-FAHNING-KÖLLING, AWG, § 22 II a) unter Hinweis auf Art. XIX i IWF, wonach z.B. Zahlungen, die als Zinsen auf Anleihen und als Nettoeinkommen aus anderen Investitionen geschuldet werden, laufende Zahlungen und damit kein Kapitalverkehr sind.

62) LANGEN, AWG, Teil C, vor § 22 Rdn. 13; SCHULZ, AWG, vor § 22,

63) Vgl. im einzelnen den Wortlaut der §§ 22 und 23 AWG.

rungskonvertibilität beruhende Vermehrung der im Umlauf befindlichen inländischen Zahlungsmittel, was den Bemühungen um Geldwertstabilität entgegenlaufen kann ⁶⁴⁾. Dementsprechend sind Beschränkungen der Kapitalausfuhr nur zulässig, um das Gleichgewicht der Zahlungsbilanz sicherzustellen (§ 22 Abs. 2 AWG), während die Kapitaleinfuhr überdies aus Gründen der Geldwertstabilität beschränkt werden kann (§ 23 Abs. 3 AWG).

Eine weitere Maßnahme zur außenwirtschaftlichen Absicherung der binnenwirtschaftlichen Währungs- und Konjunkturpolitik ist durch das sog. Kuponsteuergesetz getroffen worden ⁶⁵⁾. Danach unterliegen Zinsen für festverzinsliche Wertpapiere deutscher Emittenten im Besitz von Ausländern einer 25 %-igen Kapitalertragsteuer (vgl. im einzelnen § 43 Abs. 1 Nr. 6 und § 45 EStG), wodurch eine Minderung der Rendite und damit eine indirekte Beschränkung von Kapitalimporten erreicht wird ⁶⁶⁾.

Nur kurz sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß zu den Maßnahmen der außenwirtschaftlichen Absicherung auch die Mindestreservepflicht von Kreditinstituten in Bezug auf Verbindlichkeiten gegenüber Gebietsfremden gemäß § 16 BBankG zählt ⁶⁷⁾, durch die dem Geldverkehr aus fremden Wirtschaftsbieten zugeflossene Mittel im Wege der teilweisen Stilllegung bei der Bundesbank entzogen werden können.

64) Vgl. die amtliche Begründung zu den §§ 22 und 23 AWG, abgedruckt bei LANGEN, AWG, Teil C, vor § 22 Rdn. 2.

65) Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und des Kapitalverkehrsteuergesetzes vom 25.3.1965 (BGBl. I S. 147).

66) Vgl. STERN-MÜNCH-HANSMEYER, StabG, § 4 X.2.

67) Wesen und Bedeutung der Mindestreserve werden im Rahmen der besonderen Abgrenzungsprobleme zum Bardepot einer näheren Untersuchung unterzogen.

Das Bardepot als zuletzt geschaffenes Instrument der außenwirtschaftlichen Absicherung stellt insofern eine Abrundung des vorgenannten Maßnahmenkataloges dar, als die Kreditaufnahme durch Gebietsansässige in fremden Wirtschaftsgebieten zum Zwecke der Sicherung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts überhaupt eingeschränkt werden kann, während die Beschränkung der Kapitaleinfuhr in Form von Kreditaufnahme gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 6 AWG voraussetzt, daß gerade die Geldwertstabilität und der Ausgleich der Zahlungsbilanz als Teilaspekte des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts gefährdet sind. Auf der anderen Seite weist das Bardepot eine geringere Eingriffsintensität im Verhältnis zur Beschränkung der Kapitaleinfuhr auf. Während sich diese als Marktregulierung in dem Sinne darstellt, daß kraft Verbot der Marktmechanismus außer Kraft gesetzt wird, handelt es sich beim Bardepot um eine Marktintervention in der Art, daß kraft Verteuerung der Kreditaufnahme Größen des Marktmechanismus partiell verändert werden, mit der Folge, daß sich der Markt an die veränderte Lage anpassen kann ⁶⁸⁾. Diese Eigenschaft wiederum verbindet das Bardepot mit der Mindestreservepflicht der Kreditinstitute in Bezug auf Auslandsverbindlichkeiten. Maßgebend für die Festsetzung der Höhe des Mindestreservesatzes durch die Bundesbank ist allerdings in erster Linie die Geldwertstabilität und der Ausgleich der Zahlungsbilanz als Ausdruck von Währungssicherung gemäß § 3 BBankG ⁶⁹⁾. Die Bundesbank ist aber doch insoweit dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht verpflichtet, als sie die Wirtschaftspolitik der Bundesregierung zu unterstützen hat (§ 12 BBankG; § 1 StabG). Das Kupon-

68) Vgl. die Unterscheidung von Marktregulierung und Marktintervention in der Terminologie von SCHILLER, Wirtschaftspolitik, in: HDSW Bd 12 (1965), S. 210 ff. (220).

69) v. SPINDLER-BECKER-STARKE, BBankG. § 3 Anm. 1; LIPFERT, Einführung in die Währungspolitik, S. 51.

steuergesetz stellt sich ebenfalls als Marktintervention im oben genannten Sinne dar, da der Erwerb festverzinslicher Wertpapiere deutscher Emittenten durch Ausländer nicht verhindert wird.

Im Hinblick auf die genannten Maßnahmen erweitert das Bardepot die Möglichkeiten außenwirtschaftspolitischer Differenzierung, die entsprechend der Vielfalt der auf den Wirtschaftsablauf einwirkenden Faktoren geboten ist, ohne indes den Weg des Dirigismus einzuschlagen, durch den die eng verflochtene internationale Kapitalwirtschaft gestört würde ⁷⁰⁾. FLACHMANN sieht dagegen gerade in der Tatsache, daß das Bardepot an einer marktwirtschaftlichen Grundkonzeption festhält, eine dirigistische Gefahr insofern, als es sich wie die Mindestreserve zu einer Dauereinrichtung entwickeln könnte, während die Beschränkung der Kapitaleinfuhr gemäß § 23 AWG als "temporäres Ereignis" letztlich weniger einschneidend wäre ⁷¹⁾. Es ist jedoch eine Frage, ob Gebietsansässigen die Freiheit verbleibt, überhaupt in fremden Wirtschaftsgebieten Kredit aufzunehmen, und eine andere, ob die Bundesregierung ihrer gesetzlichen Verpflichtung nachkommt, die Depotpflicht aufzuheben, weil die Geld- und Kapitalzuflüsse das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht nicht mehr zu gefährden vermögen (§§ 6a Abs. 1; 2 Abs. 3 und 4; 27 Abs. 1 AWG) ⁷²⁾. Diese Verpflichtung und die Tatsache, daß der Staat aus dem Bardepot im Gegensatz zu den finanzpolitischen Steuerungsmitteln wie dem Kupon-

70) Vgl. die Begründung zum Entwurf des Bardepotgesetzes, BT-Drucksache VI/2730 unter III. sowie die Rede SCHILLERS vor dem Deutschen Sparkassentag vom 14.12.1971, auszugsweise abgedruckt bei FLACHMANN, Bardepot, S. 92,

71) FLACHMANN, Bardepot, S. 20 f.

72) Zur Frage, ob die Aufhebungspflicht im Rechtsweg verfolgt werden kann, wird im Verlauf der Erörterung Stellung genommen.

steuergesetz und im Einklang mit der Beschränkung der Kapitaleinfuhr gemäß § 23 AWG keinen finanziellen Nutzen zieht, nehmen dem Bardepot die Gefahr, eine Dauereinrichtung zu werden.

§ 2) Die rechtlichen Grundlagen der Depotpflicht

I. Kompetenz zur Gesetzgebung

Das Bardepotgesetz als Gesetz zur Änderung des AWG ist vom Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates beschlossen worden. Die Zuständigkeit des Bundes für das Gesetz ergibt sich aus Art. 74 Nr. 11. GG. Danach hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebung über das "Recht der Wirtschaft".

Aus dem Klammerzusatz des Art. 74 Nr. 11 GG folgt zunächst, daß zum "Recht der Wirtschaft" die sektorale Steuerung der genannten Wirtschaftsbereiche gehört. Davon abgesehen, daß der Aufzählung der einzelnen Gegenstände nur beispielhafte Bedeutung zukommt, gehören zum "Recht der Wirtschaft" auch globalsteuernde Maßnahmen der übergreifenden Konjunkturpolitik ¹⁾. So hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß auf Grund Art. 74 Nr. 11 GG ein rückzahlbarer Konjunkturzuschlag erhoben werden kann ²⁾. Da durch das Bardepotgesetz die Stilllegung der aus fremden Wirtschaftsgebieten zugeflossenen Gelder bewirkt werden kann, um der Gefährdung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu begegnen, handelt es sich um eine konjunkturlenkende Maßnahme.

Das Bardepotgesetz konnte nicht auf Art. 73 Nr. 4 GG gestützt werden. Die Bestimmung erfasst neben der Ordnung des Zahlungsmittelwesens "auch die tragenden Grundsätze der Währungspolitik" ³⁾. Die Währungspoli-

1) BADURA, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in Besonderes Verwaltungsrecht, S. 239 ff. (264 f.); SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, GG, Art. 74 Rdn. 28.

2) BVerfG E 29, S. 402 ff (409).

3) BVerfG E 4, S. 60 ff. (73); SCHÜSZLER, Inflationsbekämpfung und föderalistische Finanzverfassung, in: NJW 1964, S. 951 ff. (952)

tik dient der Sicherung der Währung, das heißt der Geldwertstabilität nach innen und dem Zahlungsbilanzausgleich nach außen und ist Teilbereich der allgemeinen Wirtschaftspolitik⁴⁾. Das Bardepot hingegen ist ein konjunkturpolitisches Instrument, gerichtet auf die außenwirtschaftliche Absicherung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, das durch die Gleichzeitigkeit von Stabilität des Preisniveaus, hohem Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht bei stetigem und angemessenen Wirtschaftswachstum gekennzeichnet ist (§ 6 a Abs. 1 AWG; § 1 StabG)⁵⁾. Das Bardepot ist wie die Währungspolitik Mittel zu dem Zweck, einen gleichmäßigen Konjunkturverlauf zu erreichen, und gehört damit nicht dem Bereich der Währungspolitik selbst an⁶⁾.

Das Bardepotgesetz erhebt keine Steuer im Sinne von § 1 Abs. 1 AO., da die Geldleistung der Depotpflichtigen nicht zu Einkünften des Gemeinwesens führt⁷⁾. Die Art. 105 ff. GG scheiden daher als Grundlage des Bardepotgesetzes ebenfalls aus.

II. Das Bardepotgesetz als Zustimmungsgesetz

Der Bundesrat hat das Bardepotgesetz als Zustimmungsgesetz gemäß Art 84. Abs. 1 GG behandelt⁸⁾. Das Bardepotgesetz selbst enthält keine Regelung, die der Zustimmung durch den Bundesrat bedarf. Das Gesetz hat jedoch das zustimmungsbedürftige AWG vom 28. April 1961⁹⁾ geändert¹⁰⁾.

4) v. SPINDLER-BECKER-STARKE, BBankG, § 3 Anm. 1; LIPFERT, Einführung in die Währungspolitik, S. 50 ff.

5) v. SPINDLER-BECKER-STARKE, BBankG, § 16 Anm. 7.

6) Vgl. oben S. 19 ff.

7) Ebenso BVerfG E 29, S. 402 ff. (408) zum vergleichbaren Konjunkturzuschlagsgesetz vom 23. Juli 1970 (BGBl. I S. 1125).

8) Vgl. das Protokoll der 375. Sitzung des Bundesrates vom 17. Dezember 1971 (BR-Drucksache 705/71).

9) BGBl. I S. 481.

10) Die Zustimmungsbedürftigkeit bezieht sich auf

Ob ein Gesetz, das zwar selbst keine zustimmungsbedürftigen Regelungen enthält, aber ein zustimmungsbedürftiges Gesetz ändert, seinerseits der Zustimmung bedarf, war lange Zeit umstritten. Das BVerfG hatte die Frage zunächst ausdrücklich offengelassen ¹¹⁾.

Vom BVerwG wird die Ansicht vertreten ¹²⁾, die Zustimmung sei in diesem Fall nicht erforderlich, da es der Gesetzgeber in der Hand habe, die zustimmungsfreien und -bedürftigen Gesetze getrennt zu beschließen. Wolle man das verneinen, würde die Zustimmungspflicht von Gesetzen ständig erweitert werden. Es sei sinnwidrig, eine Materie, die an sich durch nicht zustimmungsbedürftiges Gesetz geregelt werden könnte, nur deshalb für zustimmungsbedürftig zu erklären, weil irgendwann einmal ein Teil der Materie in einem Zustimmungsgesetz geregelt worden ist. Der Zufall des Beschlusses in einem einheitlichen Gesetz könne nicht die Folge der Zustimmungspflichtigkeit dieser Materie (überhaupt, der Verf.) zur Folge haben ¹³⁾. Der Kommentar von MAUNZ-DÜRIG ¹⁴⁾ dagegen schloß aus der Rechtsprechung des BVerfG ¹⁵⁾, nach

das ganze Gesetz, wie es in einem einheitlichen Verfahren gemäß Art. 78 GG zustandekommt - nicht nur auf die einzelnen Bestimmungen, derenwegen das GG die Zustimmung des Bundesrates fordert, vgl. BVerfG E 24, S. 184 ff. (197) sowie BVerfG NJW 1974, S. 1751 ff (1752).

Das AWG als ganzes war u.a. deswegen zustimmungsbedürftig, da der Bundesregierung durch § 29 AWG ein Weisungsrecht gegenüber den obersten Landesbehörden in besonderen Fällen eingeräumt wurde (Art. 84 Abs. 1 und 5 GG).

11) Vgl. BVerfG E 24, S. 184 ff. (189); BVerfG E 28, S. 66 ff. (77).

12) VG. BVerwG DVBl 1968, S. 181 ff. (184).

13) Ebenso: BETTERMANN, Legislative ohne Posttarifhoheit, in: Beiträge zum Rundfunkrecht, Heft 10, S. 34; HESSE, Die Regelung von Rundfunkleistungen der Bundespost durch Rechtsverordnung, in: Beiträge zum Rundfunkrecht, Heft 8, S. 26.

14) MAUNZ-DÜRIG, GG, Art. 77 Rdn. 9 und 10.

15) BVerfG E 24, S. 184 ff. (197).

der die Zustimmung gemäß Art. 84 Abs. 1 GG hinsichtlich des ganzen Gesetzes erfolgt, nicht aber nur hinsichtlich der Normen, die sich auf Art. 84 Abs. 1 GG beziehen, daß auch ein Änderungsgesetz, das selbst keine zustimmungsbedürftigen Bestimmungen enthält, der Zustimmung bedarf.

Mit Beschluß vom 25. Juni 1974 hat das BVerfG nunmehr selbst zu der Frage Stellung bezogen ¹⁶⁾ und entschieden, daß nicht jedes Gesetz, das ein Zustimmungsgesetz ändert, schon allein aus diesem Grunde zustimmungsbedürftig ist.

Wenn ein Bundesgesetz von dem in Art. 83 GG festgelegten Grundsatz, daß die verwaltungsmäßige Ausführung der Bundesgesetze den Ländern überlassen bleibt, dadurch abweiche, daß es selbst das Verfahren der Landesverwaltung regelt, so sei diese "Systemverschiebung" zu Lasten der Länder durch deren Zustimmung gemäß Art. 84 Abs. 1 GG "genehmigt". Erfolge in einem Änderungsgesetz keine erneute "Systemverschiebung", so würden die Voraussetzungen dafür fehlen, auch für dieses Gesetz die Zustimmung des Bundesrates zu verlangen. Überhaupt sei nach dem System des Grundgesetzes das Erfordernis der Zustimmung die Ausnahme, so daß kein allgemeines Kontrollrecht des Bundesrates bestehe. Aus der Tatsache, daß der Bundesrat ein zustimmungsbedürftiges Gesetz wegen gesetzgebungstechnischer Einheit nach seinem ganzen Inhalt prüft, nicht nur die Vorschriften, die die Zustimmungsbedürftigkeit auslösen, folge ebenfalls nicht die Zustimmungsbedürftigkeit eines Änderungsgesetzes, da dieses selbst eine gesetzgebungstechnische Einheit darstelle, bei dessen Erlaß alle Voraussetzungen inclusive der Zustimmungsbedürftigkeit geprüft würden. Für diese Auffassung spreche ferner, daß der Bundestag nicht gehindert sei, eine zu regelnde Materie in ein zustimmungsfreies Gesetz mit

16) BVerfG NJW 1974, S. 1751 ff.

materiellen Vorschriften und ein zustimmungsbedürftiges Gesetz mit formellen Vorschriften aufzuspalten. Es sei sinnwidrig, ein Änderungsgesetz nur deshalb für zustimmungsbedürftig zu erklären, weil der Bundestag von dieser gesetzgeberischen Freiheit keinen Gebrauch gemacht hat, sondern die materiellen und formellen Vorschriften der Materie in einem einheitlichen Gesetzgebungsverfahren beschlossen hat.

Umgekehrt sei ein Änderungsgesetz nicht nur dann zustimmungsbedürftig, wenn es selbst eine zustimmungsbedürftige Vorschrift enthalte, sondern auch dann, wenn es ein zustimmungsbedürftiges Gesetz derart ändere, daß es sich zwar auf die Regelung materiellrechtlicher Fragen beschränke, in diesem Bereich jedoch Neuerungen in Kraft setze, die den nicht ausdrücklich geänderten Vorschriften über das Verwaltungsverfahren eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite verleihen.

Das Bardepotgesetz enthält weder eine zustimmungsbedürftige Vorschrift noch übt es indirekten Einfluß auf das Verwaltungsverfahren der Länder aus, da die verwaltungsmäßige Abwicklung des Bardepots gemäß § 28 a AWG der Bundesbank übertragen ist. Die Zustimmung durch den Bundesrat war daher nicht erforderlich, so daß der gleichwohl erteilten Zustimmung keine konstitutive Wirkung beizumessen ist.

III. Die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen über die Depotpflicht

1. Begründung der Depotpflicht und Festlegung des Depotsatzes

Gemäß § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG wird die Depotpflicht durch Rechtsverordnung begründet; gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 AWG wird die Rechtsverordnung von der Bundesregierung ohne Zustimmung des Bundesrates erlassen.

Diese gesetzliche Ermächtigung ist gedeckt durch Art. 80 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GG.

Gemäß § 6 a Abs. 4 AWG wird die Höhe des Depotsatzes jeweils durch Rechtsverordnung festgelegt; die Bundesregierung ist durch § 27 Abs. 1 Satz 4 AWG ermächtigt, die Ermächtigung zum Erlaß dieser Rechtsverordnungen auf die Deutsche Bundesbank mit der Maßgabe zu übertragen, daß Rechtsverordnungen der Deutschen Bundesbank nur im Einvernehmen mit dem zuständigen Bundesminister ergehen. Die Bundesregierung hat von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht, § 69 a Abs. 2 AWV ¹⁷⁾.

2. Übertragung der Rechtsetzungsgewalt auf die Bundesbank im Wege der Subdelegation

Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG gestattet dem Gesetzgeber vorzusehen, daß die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen mittels Rechtsverordnung vom Delegatar weiter übertragen werden kann. Die Verordnung des Subdelegatars ist selbst Rechtsverordnung im Sinne von Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG ¹⁸⁾. Nicht ausdrücklich ist in Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG geregelt, ob die Übertragung auch mit der Maßgabe erfolgen kann, daß die Rechtsverordnungen des Subdelegatars nur im Einvernehmen mit dem Delegatar ergehen.

Subdelegation begründet "konkurrierende Kompetenz", das heißt der Delegatar bleibt neben dem Subdelegatar berechtigt ¹⁹⁾. Der Delegatar kann jederzeit

17) Siehe hierzu die VOen der Bundesbank zur Festsetzung des Depotsatzes vom 1.3.1972 (BGBl. I S. 217), vom 29.6.1972 (BGBl. I S. 999) sowie vom 30.1.1974 (BGBl. I S. 127).

18) MAUNZ-DÜRIG, GG, Art. 80 Rdn. 15; FROWEIN, Die Angabe der Rechtsgrundlage in einer auf Grund einer Subdelegation erlassenen Rechtsverordnung, in: DÖV 1969, S. 621.

19) MAUNZ-DÜRIG, GG, Art. 80 Rdn. 15; WOLFF, Verwaltungsrecht II, § 72 IV.2.

die Rechtsverordnung des Subdelegatars aufheben, indem er die Materie selbst regelt.

Dagegen ist aus der Rechtsprechung des BVerfG, daß der Wegfall der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage im Sinne von Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG ohne Einfluß auf den Bestand der Rechtsverordnung bleibt ²⁰⁾, zu schließen, daß die Aufhebung der Rechtsverordnung, durch die die Subdelegation gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG erfolgt, ebenfalls ohne Einfluß auf die Rechtsverordnung des Subdelegatars bleibt ²¹⁾.

Wenn der Delegatar die Rechtsverordnung des Subdelegatars jederzeit aufheben kann, folgt daraus a maiore ad minus, daß der Delegatar den Erlaß von Rechtsverordnungen durch den Subdelegatar von seinem Einvernehmen abhängig machen kann. Das Aufhebungsrecht ist gegenüber dem Recht auf Einvernehmen das stärkere Recht. Macht der Delegatar die Rechtsverordnung des Subdelegatars von seinem Einvernehmen abhängig, so holt er seine ursprüngliche Kompetenz weniger stark zurück, als wenn er die Rechtsverordnung des Subdelegatars aufheben würde. Das Recht auf Einvernehmen leitet sich unmittelbar aus dem Aufhebungsrecht ab, da es dieses beinhaltet, und stellt sich damit nicht als ein aliud, sondern als ein minus zum Aufhebungsrecht dar.

"Einvernehmen" in diesem Sinne heißt nicht nur Anhörung, sondern Zustimmung. Der Gesetzgeber wollte der Bundesregierung das Recht einräumen, unmittelbar Einfluß auf den Erlaß der Rechtsverordnung durch die Bundesbank zu nehmen, ohne gehalten zu sein, die Rechtsverordnung selbst zu erlassen bzw. die Rechtsverordnung der Bundesbank durch eigene Rechts-

20) So das BVerfG in st. Rspr., vgl. zuletzt BVerfG E 29, S. 39 ff. (44).

21) Mißverständlich insoweit MAUNZ-DÜRIG, GG, Art. 80 Rdn. 15.

verordnung aufzuheben. Demzufolge kann die Zustimmung von der Bundesbank nicht erzwungen werden. Ohne Zustimmung ist die Rechtsverordnung nichtig.

Entsprechend des im Grundgesetz festgelegten Ressortprinzips, wonach innerhalb der vom Bundeskanzler bestimmten Richtlinien der Politik jeder Bundesminister seinen Geschäftsbereich selbständig und unter eigener Verantwortung leitet (Art 65 Satz 2 GG)²²⁾, ist die Kontrolle des Subdelegatars dem zuständigen Bundesminister überantwortet (§ 27 Abs. 1 Satz 4 AWG). Zuständiger Bundesminister ist in aller Regel der Bundesminister für Wirtschaft²³⁾. Die Verlagerung des Kontrollrechts von der Bundesregierung auf den zuständigen Bundesminister stößt im Hinblick auf Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG auf keine Bedenken, da das Recht der Bundesregierung durch die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers (Art 65 Satz 1 GG) und das Recht auf kollegiale Entscheidung der Bundesregierung (Art. 65 Satz 3 GG) gewahrt bleibt.

Das Einvernehmen gemäß § 27 Abs. 1 Satz 4 AWG ist seinem Wesen nach zu unterscheiden vom Benehmen, das die Bundesregierung beim Erlass von Rechtsverordnungen aus dem Bereich des Kapital- und Zahlungsverkehrs gemäß § 27 Abs. 1 Satz 3 AWG mit der Bundesbank herzustellen hat. Insoweit handelt es sich lediglich um eine Anhörungspflicht. Aus dem Recht, zum Erlass dieser Rechtsverordnungen gehört zu werden, erwächst der Bundesbank ein Recht auf Teilnahme am Willensbildungsprozeß, der zum Erlass der Rechtsverordnung durch die Bundesregierung führt. Die Zustimmung der Bundesbank zum Erlass der Rechtsverordnung selbst ist nicht erforderlich und könnte

22) KNÖPFLE, Inhalt und Grenzen der "Richtlinien der Politik" des Regierungschefs, in: DVBl. 1965, S. 857 ff.

23) Vgl. § 9 GeschO BReg, wonach der Geschäftsbereich der einzelnen Bundesminister in den Grundzügen durch den Bundeskanzler festgelegt wird.

auch nicht durch den Gesetzgeber gefordert werden, da die Verantwortung nach außen bei dem Ermächtigungsadressaten gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG, also hier bei der Bundesregierung, verbleiben muß.

Daß der Erlaß einer Rechtsverordnung überhaupt von der Mitwirkung Dritter abhängig gemacht werden kann, ist insbesondere zur Frage der Vereinbarkeit der §§ 13 und 14 PostVerwG mit Art. 80 GG erörtert und mit dem Argument bejaht worden, daß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG im Einklang mit Art. 65 GG lediglich fordert, daß die Verantwortung für die Rechtsverordnung bei den dort genannten staatlichen Organen verbleiben muß, nicht aber, daß die Mitwirkung Dritter bei der Vorbereitung der Rechtsetzung ausgeschlossen ist ²⁴⁾. Die Verantwortung nach außen bleibt aber dann bestehen, wenn die zur Rechtsetzung Ermächtigten an die Stellungnahme Dritter nicht gebunden sind, diese vielmehr überhaupt nur anzufordern und zur Kenntnisnahme zu nehmen haben.

3. Das Aufhebungsverlangen des Bundestages

Gemäß § 27 Abs. 2 Satz 3 AWG hat die Bundesregierung die von ihr erlassenen Rechtsverordnungen aufzuheben, soweit es der Bundestag binnen vier Monaten nach ihrer Verkündung verlangt. Diese Form der gesetzgeberischen Einflußnahme auf die Rechtsetzung

24) Zu §§ 13 und 14 PostverwG: BVerwG DVBl. 1968, S. 181 ff. (184); MAUNZ, Der Rechtsbestand des Postverwaltungsgesetzes, in: ArchPF 1968, S. 541 ff. (546). Im übrigen ebenso: JACOBI, Die Rechtsverordnungen, in: HdbDStR, 2. Band, S. 236 ff. (247); MAUNZ-DÜRIG, GG, Art. 80 Rdn. 27; BRENNER, Zum Mitwirkungsrecht der Verbände und Vereinigungen bei der Gesetzgebung des Bundes und beim Erlaß von Verordnungen, in: BB 1960, S. 873; BLANK-HIRSCH, zum Verhältnis von Parlament und Verwaltung im Gesetzgebungsprozeß, in: Schäfer-Nedelmann, Der CDU-Staat, S. 80 ff.; NEYSES, Die Beteiligung von Interessenverbänden an der Gesetzesvorbereitung durch die Bundesregierung, S. 41 f.

durch die Exekutive ist verfassungsgemäß und ergibt sich aus dem Wesen der Delegation von Rechtsetzungsgewalt durch den Gesetzgeber.

Der Gesetzgeber überläßt die Regelung einer Materie gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG der Exekutive, obwohl er die Materie auch selbst regeln könnte. Er kann jederzeit die Materie wieder an sich ziehen, indem er ein Gesetz erläßt, das als höheres Recht entgegenstehendes minderes Recht ipso iure aufhebt. Allerdings kann er die Rechtsverordnung nicht dadurch aufheben, daß er die Ermächtigungsgrundlage aufhebt. Denn der Wegfall der Ermächtigungsgrundlage bleibt auf den Bestand der Rechtsverordnung ohne Einfluß ²⁵⁾.

Wenn der Gesetzgeber jederzeit die Möglichkeit hat, durch eigenes entgegenstehendes Gesetz die Rechtsverordnung aufzuheben, so steht ihm als minus auch das Recht zu, die Aufhebung der Rechtsverordnung zu verlangen, soweit diese Maßnahme selbst durch Gesetz vorgesehen ist. Das Aufhebungsverlangen ist ein sog. "schlichter Parlamentsbeschluß", also selbst kein formelles Gesetz ²⁶⁾. Ein solcher Beschluß vermag nur dann die gesetzliche Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen zu beseitigen, wenn er selbst durch Gesetz vorgesehen ist. Das folgt aus dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes ²⁷⁾.

Der Gesetzgeber könnte sich das Recht einräumen, den Erlass der Rechtsverordnung von seiner Zustimmung abhängig zu machen. Dies ist als minus zur Aufhebung

25) Vgl. Fußnote 20).

26) Der Ausdruck ist eingeführt von THOMA, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: HdbDStR, Band, S. 221

27) STERN, Die Neufassung der Art. 109 GG, in: NJW 1967, S. 1831 ff. (1835); WILKE, Art. 109

durch Gesetz vom BVerfG anerkannt ²⁸⁾: Eine Zustimmungsverordnung sei jedenfalls für solche Bereiche mit dem GG vereinbar, für die ein legitimes Interesse anerkannt werden muß, zwar einerseits die Rechtsetzung auf die Exekutive zu delegieren, sich aber andererseits - wegen der Bedeutung der zu treffenden Regelung - entscheidenden Einfluß auf Erlaß und Inhalt vorzubehalten. Das sei insbesondere bei wirtschaftspolitischer Tragweite der Fall.

Wenn eine Zustimmungsverordnung als minus zur Aufhebung durch Gesetz möglich ist, ist ein späteres Aufhebungsverlangen ebenfalls zulässig, da sich dieses als noch schwächere Einflußnahme der Legislative auf die Exekutive darstellt. Denn im Gegensatz zur Zustimmungsverordnung tritt hier die Rechtsverordnung zunächst in Kraft und es bedarf der Initiative der Legislative, um die Rechtsverordnung in Wegfall zu bringen ²⁹⁾. Zustimmungsverordnung und späteres Aufhebungsverlangen stehen sich nicht als aliud in dem Sinne gegenüber, daß sie auf verschiedenen Rechtsgründen basieren, sondern leiten sich als minus aus dem einen Recht der Aufhebung durch Gesetz ab nach dem Grundsatz, daß der schwächere Eingriff durch die Möglichkeit stärkeren Eingriffs gedeckt ist. Der Gesetzgeber hat sich den Weg des späteren Aufhebungsverlangens eröffnet, um schneller auf die Rechtsetzung der Exekutive Einfluß nehmen zu können. Der Weg über die förmliche Aufhebung durch Gesetz ist wesentlich zeitraubender und daher bei der Schnellebigkeit der wirtschaftlichen Materie wenig praktikabel ³⁰⁾.

Grundgesetz und das Stabilitätsgesetz in ihrer Bedeutung für das Ordnungsrecht, in: AÖR Bd 93 (1968), S. 270 ff. (279).

28) BVerfG E 8, S. 274 ff. (319 ff.).

29) WILKE, a.a.O., S. 281.

30) HOCKE-SCHMIDT, AWG, § 27 Erl. 6.

Das Recht des Bundestages, die Aufhebung einer Rechtsverordnung zu verlangen, hat im übrigen auf dem Sektor der Lenkung Öffentlicher Haushaltswirtschaft zum Zwecke der Sicherung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts durch das 15. Gesetz zur Änderung des GG vom 8. Juli 1967³¹⁾ Verfassungsrang erhalten, vgl. Art. 109 Abs. 4 Satz 4 GG.

Wenn sich der Gesetzgeber durch die Ermächtigung zum Erlaß einer Rechtsverordnung gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG ebensowenig seiner Kompetenz begibt wie der Delegatar durch die Übertragung der Ermächtigung auf den Subdelegatar gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG, so kann der Gesetzgeber nicht nur die Rechtsverordnung des Delegatars, sondern auch diejenige des Subdelegatars durch entgegenstehendes Gesetz ohne weiteres aufheben. Dann muß sich der Gesetzgeber aber auch das Recht einräumen können, die Aufhebung der vom Subdelegatar erlassenen Rechtsverordnung zu verlangen. Auch insoweit muß der Schluß a maiore ad minus Gültigkeit haben.

Der Gesetzgeber hat sich jedoch das Recht, die Rechtsverordnung über die Höhe des Depotsatzes gemäß § 6 a Abs. 4 AWG auf diesem Wege zur Aufhebung zu bringen, ohne Rücksicht darauf versagt, ob die Rechtsverordnung von der Bundesregierung als Delegatar oder von der Bundesbank als Subdelegatar erlassen worden ist. (§ 27 Abs. 2 Satz 4 AWG). Der Gesetzgeber kann damit nur durch eigenes formelles Gesetz auf die Höhe des Depotsatzes Einfluß nehmen.

Wenn die Bundesregierung die Depotpflicht durch erneute Rechtsverordnung wieder einführt, wozu die wirtschaftliche Lage gemäß § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG Anlaß geben könnte, so bleibt dem Bundestag die Möglichkeit, die Rechtsverordnung der Bundesbank

31) BGBl. I S. 581.

binnen vier Monaten ab Verkündung dadurch in Wegfall zu bringen, daß er von der Bundesregierung die Aufhebung der Depotpflicht gemäß § 27 Abs. 2 Satz 3 AWG verlangt. Mit Aufhebung dieser Rechtsverordnung hätte die Rechtsverordnung über die Höhe des Depotsatzes ipso iure keinen Bestand mehr, da diese ohne bestehende Depotpflicht sinnlos wäre.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG ³²⁾ hat die Nichtigkeit eines Teils eines Gesetzes die Nichtigkeit des übrigen Teils eines Gesetzes zur Folge, wenn der übrige Teil für sich gesehen ohne Sinn und Bedeutung ist. Wenn die Bundesregierung von der Ermächtigung zur Subdelegation keinen Gebrauch macht, bestimmt sie die Höhe des Depotsatzes durch eigene Rechtsverordnung. Hebt die Bundesregierung die Depotpflicht als solche wieder auf, ist der übrige Teil der AWV hinsichtlich der Depotpflicht inclusive der Bestimmung der Höhe des Depotsatzes wegen Sinn- und Bedeutungslosigkeit nichtig. Die Grundsätze der Rechtsprechung des BVerfG können ohne Bedenken auch auf der Ebene der Rechtsverordnung angewendet werden. Der sinnlose Teil einer Rechtsverordnung ist aber auch dann nichtig, wenn dessen Regelung wie im Fall der Subdelegation durch ein anderes Organ - hier durch die Bundesbank - erfolgt ist, da sich die Sinn- und Bedeutungslosigkeit einer Norm auf die inhaltliche Regelung bezieht, die ihrem Wesen nach von der Regelungskompetenz verschieden ist.

Gegen dieses Ergebnis kann nicht eingewendet werden, durch § 6 a Abs. 4 Satz 1 AWG sei die diesbezügliche Akzessorietät von Depotpflicht und Depotsatz aufgehoben. Die Bestimmung wiederholt § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG und stellt durch das Wort "jeweils" heraus, daß die Höhe des Depotsatzes der jeweiligen wirtschaft-

32) Vgl. BVerfG E 22, S. 134 ff. (152) mit weiteren Nachweisen.

lichen Entwicklung anzupassen ist, eine Forderung, die das AWG schon durch das Übermaßverbot gemäß § 2 Abs. 2 AWG stellt. § 6 a Abs. 4 Satz 1 AWG erschöpft sich in seiner redaktionellen Bedeutung hinsichtlich der Ermächtigung zur Subdelegation gemäß § 27 Abs. 1 Satz 4 AWG.

Aus der genannten Rechtsprechung des BVerfG folgt ferner, daß man eine zur Zeit sinnlose Regelung nicht als Reserve für den Fall aufrechterhalten kann, daß der andere Teil der Regelung wieder in Kraft tritt, da theoretisch fraglich ist, ob dieser andere Teil jemals wieder in Kraft tritt. Es besteht auch kein praktisches Bedürfnis, die Rechtsverordnung über die Höhe des Depotsatzes aufrechtzuerhalten, weil bei Wiedereinführung der Depotpflicht die dann bestehenden wirtschaftlichen Verhältnisse die Höhe des Depotsatzes bestimmen würden. Die wirtschaftlichen Verhältnisse sind aber in ständigem Wandel begriffen.

Andererseits entfällt die Rechtsverordnung über die Höhe des Depotsatzes nicht in jedem Fall des Aufhebungsverlangens gemäß § 27 Abs. 2 Satz 3 AWG, da sich der Bundestag darauf beschränken kann, die Aufhebung eines Teils der Rechtsverordnung zu verlangen, vgl. den Wortlaut "soweit". Soweit aber gerade die Aufhebung der Depotpflicht als solcher unterbleibt, behält die Rechtsverordnung über die Höhe des Depotsatzes ihren Sinn.

4. Die rechtsstaatliche Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung

Der Gesetzgeber muß Inhalt, Zweck und Ausmaß der der Exekutive zur Rechtsetzung erteilten Ermächtigung selbst bestimmen (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Das BVerfG versteht dieses Postulat in ständiger

Rechtsprechung dahin, daß Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung nicht notwendig ausdrücklich im Gesetz bestimmt sein müssen, sondern auch auf Grund der allgemeinen Auslegungsgrundsätze aufgezeigt werden können. Dabei kommen dem Sinnzusammenhang der Norm mit anderen Vorschriften³³⁾ und dem Ziel, das die gesetzliche Regelung insgesamt verfolgt, entscheidende Bedeutung zu. Der Gesetzgeber muß dem Verordnungsgeber ein "Programm" setzen, das durch den Verordnungsgeber erreicht werden soll. An der erforderlichen Bestimmtheit fehlt es erst dann, wenn nicht mehr vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wird und welchen Inhalt die Verordnungen haben können³⁴⁾. In diesem Rahmen ist auch die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen, wie sie gerade im Bereich der Wirtschaftslenkung geläufig sind, unbedenklich. Denn so wenig, wie sich die schnell wandelnden wirtschaftlichen Situationen vorhersehen lassen, kann im vorhinein festgelegt werden, welche Maßnahmen im einzelnen zu treffen sind, um konkreten Gefahren zu begegnen³⁵⁾.

Das Bardepotgesetz als Ermächtigungsgrundlage hält einer Prüfung nach Maßgabe der höchstrichterlichen Grundsätze zum Bestimmtheitserfordernis stand. Der Inhalt der erteilten Ermächtigung ist zunächst eindeutig festgelegt, wenn es in § 6 a Abs. 1 Satz 1

33) Bedenken gegen diese extensive Auslegung des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG bei MAUNZ-DÜRIG, GG, Art. 80 Rdn. 13 unter Bezugnahme auf B. WOLFF, Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, in: AöR Bd 78 (1952/53), S. 194 ff. (199 f.).

34) Vgl. BVerfG E 19, S. 354 ff. (361 f.) mit weiteren Hinweisen auf die st. Rspr.

35) BVerfG E 8, S. 274, ff. (311); BVerfG E 13, S. 153 ff (161); BVerfG E 21, S. 73 ff. (79); MAUNZ-DÜRIG, GG, Art. 20 Rdn. 90.

AWG heißt, daß für Verbindlichkeiten aus Kreditaufnahme bei Gebietsfremden Depotpflicht vorgeschrieben werden kann. Nicht eindeutig ist dagegen das Ausmaß der Depotpflicht festgelegt, also die Fragen, unter welchen Umständen Depotpflicht überhaupt vorgeschrieben werden kann, welche Form der Kreditaufnahme der Depotpflicht unterfällt (§ 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG), welche Höhe der Depotsatz aufweisen soll (§ 6 a Abs. 4 AWG) und für welchen Zeitraum die konkreten Verbindlichkeiten der Depotpflicht unterliegen. Die Begrenzung des Ausmaßes ergibt sich indes aus dem Zweck der Ermächtigung ³⁶⁾.

Zweck des Bardepotgesetzes ist, einer durch Geld- und Kapitalzuflüsse aus fremden Wirtschaftsgebieten bewirkten Gefährdung der auf die Sicherung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts ausgerichteten Währungs- und Konjunkturpolitik zu begegnen. Demzufolge kann Depotpflicht überhaupt erst dann vorgeschrieben werden, wenn das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht durch Geld- und Kapitalzuflüsse aus fremden Wirtschaftsgebieten gefährdet ist. Der Begriff "gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht" ist in § 1 StabG definiert und mag schon aus diesem Grund nicht als vage Generalklausel zu bezeichnen sein. Davon abgesehen ließe sich dieser Begriff als Ausdruck grundlegender wirtschaftspolitischer Zielsetzung auch dann nicht konkreter fassen, wenn dies angestrebt würde ³⁷⁾. Eine nähere Konkretisierung ist aber gar nicht erforderlich, wenn man mit dem BVerfG davon ausgeht, daß vorhersehbar sein muß, in welchen Fällen von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wird. Bei nicht kompensierten erheblichen Geld- und Kapitalzuflüssen aus fremden Wirtschaftsgebieten muß mit der Aktualisierung der Depotpflicht gerech-

36) BVerfG E 8, S. 274 ff. (318).

37) Vgl. oben S. 20 Fußnote 51.

net werden, da ohne weiteres davon auszugehen ist, daß außenwirtschaftliche Bewegungen die binnenwirtschaftlichen Maßnahmen der Konjunktursteuerung konterkarieren können.

Welche Arten von Kreditaufnahme gemäß § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG von der Depotpflicht ausgenommen werden und in welcher Höhe der Depotsatz gemäß § 6 a Abs. 4 AWG jeweils festgelegt wird, kann von einer Ermächtigungsnorm nicht näher bestimmt werden, da diese Fragen nur durch die konkrete wirtschaftliche Situation beantwortet werden können. Maßstab hat jedenfalls immer der Zweck des Bardepotgesetzes zu sein, also die Sicherung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts vor Geld- und Kapitalzuflüssen aus fremden Wirtschaftsgebieten. Freilich wird an dieser Stelle besonders offenbar, daß Ermächtigungsnormen im Bereich der Wirtschaftslenkung nur wenig bestimmt sein können. Dieser legale "Einbruch" in das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot muß jedoch aus der Natur der Sache in Kauf genommen werden.

Aus Sinn und Zweck des Bardepotgesetzes läßt sich aber doch entnehmen, für welchen Zeitraum die konkreten Verbindlichkeiten aus Kreditaufnahme der Depotpflicht maximal unterworfen werden können. Wenn das Bardepotgesetz den Zweck verfolgt, eine Gefährdung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts durch Geld- und Kapitalzuflüsse aus fremden Wirtschaftsgebieten dadurch zu unterbinden, daß die Gelder zinslos bei der Bundesbank zu hinterlegen sind und auf diese Weise dem Geldverkehr wieder entzogen werden, so folgt daraus, daß für die konkreten Verbindlichkeiten Depotpflicht nicht für einen längeren Zeitraum vorgeschrieben werden kann, als die Verbindlichkeiten bestehen. Sobald die Verbindlichkeiten getilgt sind und damit die Valuta wieder abgeflossen ist, ist der Zweck der Depotpflicht in Bezug auf die konkreten Verbindlichkeiten erreicht. Der Abfluß der Valuta ist durch die Freigabe des Bardepots zu kompensieren. Das bedeutet aber nicht, daß der Zeit-

raum, für den die Verbindlichkeit besteht, mit dem Zeitraum der Depotpflicht identisch sein muß. Die verwaltungsgemäße Abwicklung macht ein zeitliches Auseinanderfallen zwischen dem Bestehen der Verbindlichkeit und dem Bestehen der Depotpflicht unumgänglich. Um die Wirkung des Bardepots als Instrument zur Neutralisierung der zugeflossenen Gelder zu erhalten, ist eine zeitliche Verschiebung allerdings nur insoweit zulässig, als dies aus tatsächlichen Gründen notwendig ist.

Die Eingriffsermächtigung muß auch im Hinblick auf die Rechtsweggarantie hinreichend bestimmt sein, da die Gerichte die Anwendung der Norm durch die Verwaltung nicht nachzuprüfen vermögen, wenn diese zu unbestimmt gefasst ist. Der unbestimmte Rechtsbegriff ist aber auch in diesem Rahmen unbedenklich ³⁸⁾. Daraus folgt jedoch nicht, daß unbestimmte Rechtsbegriffe in jedem Fall der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegen. Es ist daher der Frage nachzugehen, inwieweit gerichtlich überprüfbar ist, daß das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht durch Geld- und Kapitalzuflüsse aus fremden Wirtschaftsgebieten derart gefährdet ist, daß die Aktualisierung der Depotpflicht geboten ist.

Von der h.M. in der Literatur wird neben der Ermessensnorm, innerhalb deren Grenzen das Vollzugsorgan bei gegebenem Tatbestand in der Art die Wahl zwischen mehreren Rechtsfolgen hat, daß gerichtlich nur überprüfbar ist, ob das Vollzugsorgan den durch die Ermessensnorm eröffneten Raum nicht verlassen hat, ein gerichtsfreier Beurteilungsspielraum der Behörden bei unbestimmten Rechtsbegriffen im Grundsatz anerkannt ³⁹⁾. Der Grund der Anerkennung eines

38) BVerfG E 8, S. 274 ff. (326).

39) Vgl. BACHOF, Verfassungsrecht Band I, S. 229;

gerichtsfreien Beurteilungsspielraums ist darin zu sehen, daß der Behörde zwar die Subsumtion eines Sachverhalts unter einen unbestimmten Rechtsbegriff aufgegeben ist, diese Subsumtion aber gerade wegen der Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs eine Wertung durch die Behörde erfordert, die wegen der Vielzahl der die Wertung bestimmenden Faktoren nicht nachzuvollziehen ist. Wo kein faßbarer Maßstab vorgegeben ist, an Hand dessen die Entscheidung der Behörde nachvollzogen werden kann, ist gerichtliche Kontrolle nicht möglich. Die Gerichte könnten allenfalls die Wertung der Behörde durch eigene Wertung ersetzen und damit selbst die Aufgaben der Vollzugsorgane wahrnehmen, anstatt die Tätigkeit der Vollzugsorgane auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen ⁴⁰⁾. Der Gesetzgeber wird unbestimmte Rechtsbegriffe bewusst wählen, wo eine strikte Regelung nicht möglich oder nicht brauchbar ist, weil den Behörden Raum gegeben sein muß, auf die verschiedenen Fallgestaltungen angemessen reagieren zu können, oder weil der Gesetzgeber auf den Sachverstand der Behörden bei der Lösung der anstehenden Probleme nicht verzichten kann oder will. Dabei wäre es wenig sinnvoll, das problematische Subsumtionsurteil der Behörden durch ein ebenso problematisches Urteil der Gerichte zu ersetzen. Darüberhinaus ist der Wertung durch die Behörden auch wegen der geringeren Sachnähe der Gerichte der Vorrang einzuräumen ⁴¹⁾.

Dementsprechend hat das BVerfG entschieden, daß die Rechtsweggarantie dem Gesetzgeber nicht verwehrt, in gewissem Umfang unbestimmte Rechtsbegriffe zu

SCHMIDT, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, S. 151 - beide mit weiteren Nachweisen.

40) BACHOF, a.a.O., S. 231 f.; MENDER-ERICHSEN, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VerwArch Bd 58 (1967), S. 70 ff. (72).

41) BACHOF, a.a.O. S. 232 f.

verwenden, die den Verwaltungsbehörden einen gewissen Ermessensspielraum eröffnen. Dies gelte insbesondere für den Bereich der Wirtschaftsverwaltung, wo abstrakte und unbestimmte Formulierungen erforderlich seien, um die Verwaltungsbehörden in die Lage zu versetzen, ihren Aufgaben, den besonderen Umständen des Einzelfalls und den schnell wechselnden Situationen des wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden ⁴²⁾. Das BVerwG hat sich auf diese Entscheidung berufen und ausgeführt, daß dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift zu entnehmen sei, ob diese in den Bereich der Ermessensbetätigung oder der Rechtsanwendung führt ⁴³⁾.

Die Aktualisierung der Depotpflicht setzt voraus, daß das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht gefährdet ist und verlangt daher die Auseinandersetzung mit einem Begriff, der rechtlich nicht konkretisierbar ist, da er der nationalökonomischen Begriffswelt entstammt und auf wirtschaftliche Wertungen bezogen ist ⁴⁴⁾. Die einzelnen Ziele des "magischen Vierecks" als Essentialien des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (§ 1 StabG) sind schon bei isolierter Betrachtung nicht eindeutig aufzeigbar. Welches Maß an Geldentwertung bereits kein "stabiles" Preisniveau mehr ist, bei welchem Prozentsatz man von "Arbeitslosigkeit" sprechen kann oder welches Wachstum als "angemessen" zu erachten ist, läßt sich nicht objektiv festlegen ⁴⁵⁾. Die vier Teilziele stehen indes nicht isoliert gegenüber, sondern bedingen und beeinflussen sich gegenseitig oder schließen sich gegenseitig aus, so daß ein Gleichgewicht im

42) BVerfG E 8, S. 274 ff. (326).

43) BVerwG E 39, S. 355 ff. (364 und 369).

44) STERN-MÜNCH-HANSMEYER, StabG, Einführung C III. 2.d).

45) Vgl. FRIAUF, Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft, in: VVdStRL Bd 27 (1969), S. 1 ff. (38).

absoluten Sinne niemals bestehen wird. Es wird immer nur ein Ziel sein, an dem sich die wirtschaftspolitischen Maßnahmen auszurichten haben. Die konkreten Maßnahmen sind Ergebnis eines komplexen Prognose- und Entscheidungsprozesses, dessen wirtschaftstheoretische Grundlagen heftig umstritten sind ⁴⁶⁾. Immer wieder wird erkannt, daß die herkömmlichen Methoden unter diesen oder jenen bisher nicht gekannten Umständen die gewünschte Wirkung vermissen lassen, daß die Maßnahmen "nicht greifen". Mit der von § 1 StabG geforderten Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts steht daher eine Aufgabe im Raum, die zu lösen politische Entscheidungsgewalt verlangt. In Anbetracht der Bedeutung der konjunkturellen Entwicklung für das Wohlergehen des Staates und der Bürger ist die alleinige Entscheidung über die Lenkung des Gemeinwesens der politischen Führung zu überantworten. Eine gerichtliche Überprüfung der Wirtschaftspolitik kann nicht in Frage kommen, da anderenfalls die Gerichte selbst Wirtschaftspolitik betreiben würden ⁴⁷⁾. Übergreifende politische Steuerung muß aber dem Kompetenzbereich der politischen Führung vorbehalten bleiben, ganz davon abgesehen, daß die Gerichte schon sachlich überfordert wären. Die Kontrolle durch die Gerichte auszuschließen erscheint weniger einschneidend, wenn man bedenkt, daß auch auf parlamentarischer Ebene durch die Opposition Kontrolle ausgeübt wird. Die außerparlamentarischen Einrichtungen des Kommunikationswesens oder die verschiedenen Interessenverbände dürften ebenfalls von erheblichem Einfluß im Hinblick auf eine kritische Selbstüberprüfung der Bundesregierung sein ⁴⁸⁾.

46) SCHMIDT-PREUSS, Plan-Programm und Verfassung - Bemerkungen zu § 1 Stabilitätsgesetz, in: DVBl 1970, S. 535 ff (536).

47) Vgl. dazu FRIAUF, a.a.O., S. 38; GÖTZ, JZ 1969, S. 756; SCHMIDT-PREUSS, a.a.O., S. 538 f.

48) SCHMIDT-PREUSS, a.a.O., S. 539.

Es ist daher im Ergebnis festzuhalten, daß gerichtlich nicht überprüfbar ist, ob die Wirtschaftspolitik der Bundesregierung den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts gemäß § 1 StabG gerecht wird - der Bundesregierung ist insoweit ein gerichtsfreier Beurteilungsspielraum eröffnet⁴⁹⁾. Demgemäß hat die Bundesregierung auch ungehindert darüber zu befinden, ob das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht gerade durch Geld- und Kapitalzuflüsse aus fremden Wirtschaftsgebieten derart gefährdet ist, daß die Aktualisierung der Depotpflicht geboten ist⁵⁰⁾.

49) MÖLLER, StabG, Art. 109 Abs. 2 GG, Rdn. 10 und § 1 Rdn. 13; STERN-MÜNCH-HANSMEYER, StabG, Einführung C III. 2. d).

50) FLACHMANN, Bardepot, S. 56.

§ 3) Zuständigkeiten und Zusammenwirken von Bundesregierung und Bundesbank im Bardepotrecht

I. Die Aufgaben der Bundesbank

Der Gesetzgeber hat der Bundesregierung das Recht eingeräumt, die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen über die Höhe des Depotsatzes auf die Bundesbank mit der Maßgabe zu übertragen, daß die Rechtsverordnungen der Bundesbank nur im Einvernehmen mit dem zuständigen Bundesminister ergehen (§ 27 Abs. 1 Satz 4 AWG). Der Gesetzgeber hat die Bundesbank ferner mit der verwaltungsmäßigen Abwicklung des Bardepots betraut (§ 6 a 1. Abs. 1. Satz; § 28 a AWG). Im folgenden ist zu untersuchen, ob diese Regelung mit dem der Bundesbank durch Art. 88 GG eröffneten Aufgabenbereich in Einklang steht.

1. Das Bardepot als Mittel monetärer Konjunkturpolitik

Aufgabe der Bundesbank als Währungsbank ist zunächst die Sicherung der Währung, wie es durch § 3 BBankG, der insoweit Art. 88 GG interpretiert, für die Befugnisse auf Grund des Bundesbankgesetzes festgelegt ist. Währungssicherung heißt Stabilisierung des Geldwertes nach innen, Ausgleich der Zahlungsbilanz nach außen ¹⁾. Würde sich der Aufgabenbereich des Art. 88 GG in der Währungssicherung erschöpfen, könnte die Bundesbank weder ganz noch teilweise mit der Durchführung des Bardepots betraut werden. Denn das Bardepot dient der außenwirtschaftlichen Absicherung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts und ist damit Ausdruck von Konjunkturpolitik ²⁾. Konjunk-

1) v. SPINDLER-BECKER-STARKE, BBankG, § 3 Anm. 1 ;
LIPFERT, Einführung in die Währungspolitik, S. 50 ff.;
VEIT, Grundriss der Währungspolitik, S. 35.
2) v. SPINDLER-BECKER-STARKE, BBankG, § 16 Anm. 7 d).

turpolitik ist aber insofern von der Währungspolitik im Sinne von Währungssicherung wesensverschieden, als sie ihr Augenmerk auf Währungssicherung, Vollbeschäftigung und Wachstum der Wirtschaft gleichermaßen zu richten hat (§ 1 StabG). Die Konjunkturpolitik hat daher ihr Ziel verfehlt, wenn zwar die Währung optimal gesichert ist, infolgedessen aber Arbeitslosigkeit und Stillstand des Wirtschaftswachstums zu verzeichnen sind. Da der Vollbeschäftigung und dem Wachstum der Wirtschaft vor dem Hintergrund des Sozialstaatsprinzips gemäß Art. 20 Abs. 1 GG wesentliche wirtschaftspolitische Bedeutung zukommen, muß ausgeschlossen sein, daß währungspolitische Maßnahmen allein aus dem Gesichtspunkt der Währungssicherung getroffen werden ³⁾. Dementsprechend unterscheidet die Wirtschaftswissenschaft zwischen endogener Währungspolitik, die auf die Sicherung der Währung gerichtet ist, und exogener Währungspolitik, die auf Herbeiführung oder Aufrechterhaltung der Vollbeschäftigung und auf bestmögliches Wirtschaftswachstum gerichtet ist ⁴⁾. Wenn aber die Währungspolitik aus den genannten Gründen nicht auf die Sicherung der Währung beschränkt sein darf, dann kann auch der der Bundesbank durch Art. 88 GG eröffnete Aufgabenbereich nicht auf diese Zielsetzung beschränkt sein. Es würde sonst eine Bundesbank geschaffen, die gegebenenfalls unter Außerachtlassung jeglicher wirtschaftspolitischer Gesichtspunkte zur uneingeschränkten Erhaltung des Geldwertes verpflichtet wäre. Das BBankG interpretiert denn auch Art. 88 GG zutreffend dahin, daß die Bundesbank zwar der Währungssicherung verpflichtet ist (§ 3 BBankG), aber doch gleichzeitig

3) SAMM, Die Stellung der Deutschen Bundesbank im Verfassungsgefüge, S. 57 ff.

4) LIPFERT, Einführung in die Währungspolitik, S. 51; sowie VEIT, Grundriss der Währungspolitik, S. 40, der die exogene Zielsetzung der Währungspolitik allerdings auf die Vollbeschäftigung beschränkt.

die allgemeine Wirtschaftspolitik der Bundesregierung zu unterstützen hat (§ 12 Satz 1 BBankG).

Nun folgt daraus zunächst lediglich, daß Art. 88 GG der Bundesbank ermöglicht, die ihr primär zur Sicherung der Währung zur Verfügung gestellten Instrumente auch in den Dienst der Konjunkturpolitik zu stellen, nicht aber, daß auch eine Betrauung der Bundesbank mit konjunkturpolitischen Instrumenten durch Art. 88 GG gedeckt ist. Bedenkt man indes, daß sich Währungs- und Konjunkturpolitik gegenseitig durchdringen und voneinander abhängig sind ⁵⁾, und daß Währungs- und Konjunkturpolitik dann einen gemeinsamen Nenner aufweisen, wenn die Konjunkturpolitik den monetären Bereich zum Gegenstand hat, so ist der Schluß zu ziehen, daß sich der Aufgabenbereich des Art. 88 GG auch auf die Konjunkturpolitik erstreckt, soweit sie mit monetären Mitteln betrieben wird. Das ist aber beim Bardepot als Mittel zur Sicherung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts vor Geld- und Kapitalzuflüssen aus fremden Wirtschaftsgebieten der Fall. Der Frage, ob und unter welchen Umständen der Bundesbank auch Befugnisse eingeräumt werden können, die nicht in den durch Art. 88 GG eröffneten Aufgabenbereich fallen, bedarf daher hier keiner Erörterung ⁶⁾.

Ist der Aufgabenbereich der Bundesbank insoweit abgesteckt, so ist damit noch nicht die Frage beantwortet, welche Befugnisse der Bundesbank zur Erfüllung ihrer Aufgaben eingeräumt werden können oder müssen. Man hat zur Lösung dieser Frage die vorverfassungsmäßige Handhabung herangezogen, nach der der deutschen Währungs- und Notenbank seit jeher die Dis-

5) LIPFERT, Einführung in die Währungspolitik, S. 50.

6) Vgl. zu diesem Problem MAUNZ-DÜRIG, GG, Art. 88 Rdn. 15 mit Fußnote 3.

kont-, Kredit- und Offenmarktpolitik, die Einlagen-Politik sowie als Hilfsmittel das Recht zu statistischen Erhebungen übertragen war ⁷⁾. Diese Instrumente gelten neben der erst im Jahre 1948 eingeführten Mindestreserve als wesensbestimmend für eine Währungsbank mit der Folge, daß sie der Bundesbank notwendig zu übertragen sind, wie es durch §§ 15 bis 18 BBankG geschehen ist. Im übrigen muß die Bundesbank nicht notwendig mit jeder erdenklichen Befugnis zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausgestattet werden. Der Gesetzgeber kann auf Grund seiner Gesetzgebungskompetenz über das Währungswesen gemäß Art. 73 Nr. 4 GG und über das Recht der Wirtschaft gemäß Art. 74 Nr. 11 GG jedenfalls dann frei bestimmen, ob der Bundesregierung oder der Bundesbank weitere Befugnisse eingeräumt werden, wenn diese in den durch Art. 88 GG im allgemeinen eröffneten Aufgabenbereich fallen ⁸⁾. Dem Gesetzgeber stand daher aus der Sicht des Art. 88 GG frei, die Bundesregierung oder die Bundesbank ganz oder teilweise mit der Handhabung des Bardepots zu betrauen.

2. Wahrung der Unabhängigkeit der Bundesbank

Gemäß § 12 Satz 2 BBankG ist die Bundesbank bei der Ausübung der Befugnisse, die ihr nach diesem Gesetz zustehen, von Weisungen der Bundesregierung unabhängig. Zu fragen ist, ob die vom Gesetzgeber in Bezug auf das BBankG festgelegte Unabhängigkeit der Bundesbank einem Verfassungsgebot entspricht und ob sich dieses etwa auch auf Befugnisse erstreckt, die der

7) STARKE, Die Stellung der Notenbank im Staatsgefüge, in: WPM 1957, S. 75 ff. (85); MAUNZ-DÜRIG, GG, Art. 88 Rdn. 13; v. SPINDLER-BECKER-STARKE, BBankG, § 2 Anm. 2, 2.; BVerfG E 14, S. 197 ff.

8) MAUNZ-DÜRIG, GG, Art. 88 Rdn. 23; v. SPINDLER-BECKER-STARKE, BBankG, § 12 Anm. 3, 2.; UHLENBRUCK, Die verfassungsmäßige Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank und ihre Grenzen, S. 63; BVerfG E 14, S. 197 ff. (215).

Bundesbank einzuräumen dem Gesetzgeber freisteht. Im Rahmen einer Abhandlung über das Bankdepot kommt HEINZE zu dem Ergebnis, daß sich die Unabhängigkeit der Bundesbank nach herrschender und zutreffender Meinung auf alle Maßnahmen erstrecken muß, die ihr zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben übertragen werden, und äußert daher Bedenken gegen die Unter-Ermächtigung der Bundesbank zum Erlaß der Rechtsverordnung über die Höhe des Depotsatzes, die sich wohl daraus herleiten, daß die Bundesbank insoweit vom Einvernehmen der Bundesregierung abhängig ist (§ 27 Abs. 1 Satz 4 AWG)⁹⁾. Die Bedenken HEINZEs können nicht geteilt werden, da eine derartige herrschende Meinung nicht besteht. In Bezug auf die Befugnisse, die der Bundesbank durch das Bardepotgesetz eingeräumt worden sind, wäre ein solcher Standpunkt auch nicht vertretbar.

Das Problem der Unabhängigkeit der Bundesbank wird überhaupt nur hinsichtlich der Befugnisse diskutiert, die der Bundesbank durch die §§ 15 bis 18 BBankG eingeräumt worden sind. Die eine Meinung steht auf dem Standpunkt, daß Art. 88 GG insoweit die Unabhängigkeit der Bundesbank von Regierung und Parlament gebiete. Dabei beruft man sich auf das "vorrechtliche Gesamtbild" einer deutschen Währungsbank sowie auf die Tatsache, daß eine Währungsbank ihre Aufgaben nur im ministerialfreien Raum und damit frei von politischen Einflüssen wahrnehmen kann. Soweit der Bundesbank aber außerhalb dieses Bereichs Befugnisse eingeräumt werden, sei es durch Erweiterung des Bundesbankgesetzes oder durch ein anderes Gesetz, sei die Unabhängigkeit kein Verfassungsgebot. Insoweit handele es sich um Auftragsangelegenheiten im Gegensatz zum Bereich der klassischen Funktionen einer

9) Vgl. HEINZE, Rechtsfragen der Bardepotpflicht, in: AWD 1972, S. 313 ff. (320, Fußnote 46).

Währungsbank ¹⁰⁾. Die andere Meinung steht auf dem Standpunkt, daß Art. 88 GG in keinerlei Hinsicht die Unabhängigkeit der Bundesbank garantiert ¹¹⁾. Besteht daher nach ganz herrschender Meinung jedenfalls im Bereich der Auftragsangelegenheiten kein Unabhängigkeitsgebot, so läßt sich in Bezug auf das Bardepot schon kaum vertreten, der Bundesbank sei überhaupt ein Mittel zur Erfüllung ihrer Aufgaben übertragen. Denn die Bundesbank kann zwar im Falle der Subdelegation gemäß § 27 Abs. 1 Satz 4 AWG auf die Höhe des zu haltenden Geldbetrages Einfluß nehmen, hat jedoch im übrigen keinen Einfluß auf die Begründung der Depotpflicht als solche und agiert daher mehr als Gehilfe der Bundesregierung denn als eigenständige Kraft.

II. Aufgabenteilung zwischen Bundesregierung und Bundesbank

Nachdem die bisherige Untersuchung zu dem Ergebnis geführt hat, daß die durch das Bardepotgesetz getroffene Regelung durch Art. 88 GG gedeckt ist und daß es dem Gesetzgeber aus der Sicht des Grundgesetzes freistand, die Bundesregierung oder die Bundesbank ganz oder teilweise mit der Handhabung des

10) Vgl. dazu STARKE, Die Stellung der Notenbank im Staatsgefüge, in: WPM 1957, S. 75 ff. (85); STARKE, Das Gesetz über die Deutsche Bundesbank und seine wichtigsten öffentlich-rechtlichen Probleme, in: DÖV 1957, S. 606 ff. (609); UHLENBRUCK, Die verfassungsmäßige Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank und ihre Grenzen, S. 27 und 63; v. SPINDLER-BECKER-STARKE, BBankG, § 2 Anm. 2, 2. und § 12 Anm. 3, 2.; KÖTTGEN, Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, in: JÖR N.F. Bd 11 (1962), S. 173 ff. (280); SAMM, Die Stellung der Deutschen Bundesbank im Verfassungsgefüge, S. 179 ff.

11) Vgl. dazu MAUNZ-DÜRIG, GG, Art. 88 Rdn. 22; HAMANN, GG, Art. 88; SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, GG, Art. 88 Rdn. 5 a.E.; VORBRUGG, Unabhängige Organe der Bundesverwaltung, S. 147; LAMPE, Die Un-

Bardepots zu betrauen, soll im folgenden der Frage nachgegangen werden, warum der Gesetzgeber einerseits das Bardepot im AWG verankert und die Bundesregierung mit der Ausgestaltung des Bardepots betraut hat, andererseits aber doch bestimmte Kompetenzen bei der Durchführung des Bardepots auf die Bundesbank übertragen hat.

Das AWG beschränkt den Außenwirtschaftsverkehr nicht selbst, sondern ermächtigt die Bundesregierung, den Außenwirtschaftsverkehr in besonderen Fällen durch Rechtsverordnung zu verbieten oder unter Genehmigungsvorbehalt zu stellen (§§ 2 Abs. 1, 27 Abs. 1 AWG). Die Beschränkungen sind aufzuheben, wenn die Gründe ihrer Anordnung nicht mehr vorliegen (§ 2 Abs. 3 AWG). Diese rechtliche Konstruktion trägt dem Umstand Rechnung, daß die wirtschaftlichen Gegebenheiten in ständigem Fluß begriffen sind und die Beschränkungen demzufolge nicht als Dauererscheinung gedacht sind, ein Merkmal, das auch das Bardepot kennzeichnet und im Gegensatz zu den wirtschaftspolitischen Instrumenten des Bundesbankgesetzes steht ¹²⁾. Die Aufnahme des Bardepots in das AWG bietet ferner den Vorteil, die Rechtsverordnung über das Bardepot gemäß § 27 Abs. 2 Satz 3 AWG einer besonderen parlamentarischen Kontrolle zu unterwerfen. Danach ist der Bundestag binnen einer Frist von vier Monaten ab Verkündung berechtigt, von der Bundesregierung die Aufhebung der Rechtsverordnung zu verlangen. Eine derartige Kontrolle wäre nicht möglich gewesen, wenn man die Bundesbank mit der Ausgestaltung des Bardepots betraut und damit die

abhängigkeit der Deutschen Bundesbank, S. 61; FICHTMÜLLER, Zulässigkeit ministerialfreien Raums in der Bundesverwaltung in: AÖR Bd 91 (1966), S. 297 ff. (315); FABER, Wirtschaftsplanung und Bundesbankautonomie, S. 53. Ebenso zuletzt das BVerwG in DÖV 1973, S. 639 ff. (641).

12) Vgl. Die Begründung zum Entwurf des Bardepotgesetzes, BT-Drucksache VI/2730, IV.

Regelung systemgetreu in das BBankG aufgenommen hätte, da der das BBankG prägende Grundsatz der Unabhängigkeit der Bundesbank (§ 12 Satz 2 BBankG) auch in Bezug auf das Bardepot Geltung gehabt hätte, es sei denn, man hätte eine systemwidrige Ausnahmeregelung geschaffen. Überdies wäre die Regelung des Bardepots im BBankG auch deswegen nicht passend gewesen, da das BBankG grundsätzlich auf die Regelung des Bankensektors beschränkt ist, während das Bardepot im wesentlichen gerade den Nichtbankensektor erfasst, vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 3, § 6 a Abs. 2 AWG; § 16 BBankG ¹³⁾.

War aus diesen Gründen geboten, die Regelung in das AWG aufzunehmen und die Bundesregierung mit der Ausgestaltung des Bardepots zu betrauen, so war eine Beteiligung der Bundesbank an der Durchführung des Bardepots doch unumgänglich.

Während die Bundesregierung die Depotpflicht einführt und bestimmt, auf welche Formen der Kreditaufnahmen sich die Depotpflicht bezieht (§ 6 a Abs. 1 und 3 AWG), regelt die Bundesbank im Falle der Subdelegation die Depotpflicht der Höhe nach, indem sie den Depotsatz festsetzt (§§ 6 a Abs. 4, 27 Abs. 1 Satz 4 AWG). Die Bundesregierung übt aber doch insoweit erheblichen Einfluß auf die Höhe des Depotbetrages aus, als die Rechtsverordnung der Bundesbank über die Höhe des Depotsatzes an ihr Einvernehmen gebunden ist. Darüberhinaus steht der Bundesregierung frei, durch die Einräumung eines Freibetrages auf die Höhe des Depotbetrages Einfluß zu nehmen, vgl. § 69 a Abs. 4 Satz 3 AWV.

Sowohl die Höhe des Depotsatzes als auch die Höhe des Freibetrages sind den wirtschaftlichen Verhält-

13) Vgl. den Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drucksache VI/2912, III. 1.

nissen entsprechend häufiger Änderung unterlegen. Die Änderungen wurden in der Praxis zweimal synchron vorgenommen: Während der Freibetrag im Juni 1972, im Dezember 1972 und im Januar 1974 geändert wurde, wurde der Depotsatz im Juni 1972 und im Januar 1974 geändert. Die wechselbezügliche Abhängigkeit von Freibetrag und Depotsatz einerseits sowie die Bindung der Depotsatzverordnung an das Einverständnis der Bundesregierung legen den Schluß nahe, daß die Aufgabenteilung zwischen Bundesregierung und Bundesbank sachlich nicht notwendig ist. Der Sachverstand der Bundesbank könnte auch dadurch Berücksichtigung finden, daß die Bundesregierung die Rechtsverordnung über die Höhe des Depotsatzes gemäß § 27 Abs. 1 Satz 3 AWG im Benehmen mit der Bundesbank erläßt.

Die Subdelegation bietet freilich den Vorteil, daß die Bundesbank nicht nur reagiert, sondern selbst zu agieren hat, was dem Ziel des Bardepots, zur Sicherung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts beizutragen, nur dienlich sein kann. Daneben wird dem Postulat des AWG überhaupt, die Beschränkungen auf das notwendige Maß zu begrenzen, Rechnung getragen, vgl. § 2 Abs. 2 AWG. Bundesbank und Bundesregierung befassen sich aktiv mit demselben Problemkreis, was vergleichbar ist mit der Regelung in § 12 BBankG, nur daß dort im Gegensatz zum Bardepot die letztliche Entscheidungsgewalt bei der Bundesbank verbleibt. So gesehen erscheint die Aufgabentrennung zwischen Bundesregierung und Bundesbank sachlich geboten und die Subdelegation gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG nur als rechtliches Vehikel, das der Gesetzgeber auf Grund der abschließenden Aufzählung der Ermächtigungsadressaten in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG zu benutzen gezwungen war ¹⁴⁾. Aus

14) Ähnlich HAASE, Das Bardepotgesetz, in: WiR 1972, S. 87 ff. (100).

der Sicht des Gesetzgebers birgt diese Konstruktion freilich den Nachteil, daß die Bundesregierung ihrerseits nicht gezwungen ist, von der Ermächtigung zur Subdelegation Gebrauch zu machen.

Für die Betrauung der Bundesbank mit der verwaltungsmäßigen Abwicklung gegenüber dem Depotpflichtigen gemäß § 6 a Abs. 1 Satz 1; § 28 a AWG gibt es keine brauchbare Alternative.

Gemäß § 8 Abs. 1 BBankG unterhält die Bundesbank in jedem Land eine Hauptverwaltung, die Landeszentralbanken; gemäß § 10 BBankG darf die Bundesbank Hauptstellen und Zweigstellen einrichten, die der zuständigen Landeszentralbank unterstehen. Dementsprechend wird die Verwaltung des Bardepots auch über den Verwaltungsunterbau der Bundesbank abgewickelt, vgl. ausdrücklich in Bezug auf die Meldepflicht § 69 c Abs. 2; § 63 Abs. 1 AWV. Die Bundesbank und ihren Verwaltungsunterbau in den Dienst des Bardepots zu stellen drängt sich zunächst aus dem Gesichtspunkt auf, daß hier ein verzweigter Verwaltungsapparat besteht, der über bankmäßige Einrichtungen verfügt, wie sie erforderlich sind, wenn Geldbeträge bewegt werden. Daneben ist zu bedenken, daß die Depotpflicht an Kreditaufnahmen jeglicher Art anknüpft (§ 6 a Abs. 1 AWG) und damit eine banktypische Materie vorliegt, die der Bundesbank im Bereich der Beschränkung des Kapitalverkehrs gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1, § 23 Abs. 1 Nr. 6 AWG schon vor dem Bardepotgesetz zugewiesen war, so daß man auf eine auch fachlich gerüstete Behörde zurückgreifen konnte. Den Schwierigkeiten bei der Auslegung des Gesetzes Rechnung tragend, gibt die Bundesbank ihre Rechtsauffassung in besonderen Mitteilungen bekannt, die im Bundesanzeiger veröffentlicht werden. Daß die Rechtsauffassung der Bundesbank in Bezug auf das Bardepotrecht nicht durchweg vertretbar ist, wird im folgenden aufzuzeigen sein.

Gegenstand und Inhalt der Depotpflicht
=====

§ 4) Der Kreis der depotpflichtigen Personen

Adressaten des Bardepotgesetzes sind dem System des AWG entsprechend die Gebietsansässigen inklusive der Banken, die freilich im wesentlichen von der Depotpflicht befreit sind (§ 6 a Abs. 1 Satz 1; § 4 Abs. 1 Nr. 3 AWG) ¹⁾. Zum Kreis der Depotpflichtigen zählen auch die juristischen Personen des öffentlichen Rechts ²⁾, die ebenso wie private Personen am privatrechtlichen Kreditverkehr teilnehmen können ³⁾.

Insbesondere aber gelten auch im Bardepotrecht Zweigniederlassungen Gebietsfremder im Wirtschaftsgebiet, wenn sie hier ihre Leitung und Buchführung haben, sowie Betriebsstätten Gebietsfremder im Wirtschaftsgebiet, wenn sie hier ihre Verwaltung haben, als Gebietsansässige (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 AWG).

Die Regelung im allgemeinen hat keine Modifikation erfahren durch § 6 a Abs. 1 Satz 4 AWG, wonach Zweigniederlassungen und Betriebsstätten gebietsfremder Unternehmen im Wirtschaftsgebiet im Verhältnis zum Unternehmen und zu anderen Zweigniederlassungen und Betriebsstätten des Unternehmens im Rahmen der De-

-
- 1) Inwieweit die Banken der Depotpflicht unterliegen, bedarf an dieser Stelle noch keiner näheren Untersuchung.
 - 2) LANGEN, AWG, § 4 RDn. 11; GARCKE, Der Anwendungsbereich des öffentlichen Außenwirtschaftsrechts, S. 7.
 - 3) Siehe hierzu die Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren (MABl. 1973, S. 306), durch die auf die Depotpflicht von Gemeinden, Landkreisen, Regierungsbezirken und kommunalen Verbänden hingewiesen wird.

depotpflicht als rechtlich selbständig behandelt werden.

§ 4 Abs. 1 Nr. 3 AWG und § 6 a Abs. 1 Satz 4 AWG beziehen sich auf verschiedene Fragen im Hinblick auf die Depotpflicht. Während § 4 Abs. 1 Nr. 3 AWG die Frage regelt, wer der Depotpflicht unterliegt, wenn eine Verbindlichkeit entstanden ist, regelt § 6 a Abs. 1 Satz 4 AWG die Frage, unter welchen Umständen eine Verbindlichkeit zu fingieren ist. Das ist dann der Fall, wenn Zweigniederlassungen und Betriebsstätten gebietsfremder Unternehmen im Wirtschaftsgebiet mit dem Unternehmen oder anderen Zweigniederlassungen oder Betriebsstätten derart in Kontakt treten, daß eine Kreditaufnahme vorliegen würde, wenn die Zweigniederlassungen und Betriebsstätten rechtlich selbständig wären. Die Fiktion der rechtlichen Selbständigkeit bezieht sich also nur auf das Entstehen einer depotpflichtigen Verbindlichkeit und setzt daher voraus, daß bereits ein Gebietsansässiger auf Grund § 4 Abs. 1 Satz 3 AWG ermittelt ist ⁴⁾.

HEINZE untersucht in diesem Zusammenhang die Frage, ob mittels Umkehrschluß aus § 6 a Abs. 1 Satz 4 AWG Depotpflicht entsteht, wenn die Kreditaufnahme durch gebietsfremde Zweigniederlassungen oder Betriebsstätten gebietsansässiger Unternehmen bei gebietsfremden Unternehmen erfolgt ⁵⁾. Nach dem oben ausgeführten kann hierin ein depotpflichtiger Vorgang nicht gesehen werden.

Aus § 6 a Abs. 1 Satz 4 AWG folgt mit Umkehrschluß, daß gebietsfremde Zweigniederlassungen und Betriebs-

4) Ebenso FLACHMANN, Bardepot, S. 63. Nur im Ergebnis ebenso HAASE, Das Bardepotgesetz, in: WiR 1972, S. 87 ff. (96); HEINZE, Rechtsfragen der Bardepotpflicht, in: AWD 1972, S. 313 ff. (314).

5) HEINZE, a.a.O. (Fußnote 2), S. 318 unter Nr. 8, 2. Absatz.

stätten gebietsansässiger Unternehmen im Verhältnis zum Unternehmen im Rahmen der Depotpflicht nicht als rechtlich selbständig behandelt werden.

Davon abgesehen ist § 6 a Abs. 1 Satz 4 AWG aber weder direkt noch in Umkehrschluß einschlägig, da die Vorschrift nur dann relevant ist, wenn innerhalb ein und derselben Rechtspersönlichkeit Kapital transferiert wird. Das ist bei der von HEINZE untersuchten Fallkonstellation nicht gegeben. Daß hier keine Depotpflicht entsteht, ergibt sich unmittelbar aus § 6 a Abs. 1 Satz 1, § 4 Abs. 1 Satz 4 AWG: Zweigniederlassungen und Betriebsstätten Gebietsansässiger in fremden Wirtschaftsgebieten gelten als Gebietsfremde und sind damit nicht Adressaten der Depotpflicht.

HEINZE läßt die Frage, ob hier ein depotpflichtiger Vorgang über § 6 a Abs. 1 Satz 4 AWG gegeben ist, offen ⁶⁾. Den Vorgang für depotpflichtig hält dagegen die Bundesbank ⁷⁾. Dagegen wendet sich PELTZER mit dem Hinweis, daß das gebietsansässige Unternehmen seiner gebietsfremden Zweigniederlassung oder Betriebsstätte selbst Kredit beschaffen könnte zum Zweck der Anlage und damit gemäß § 69 b Abs. 1 Nr. 3 c) AWV nicht der Depotpflicht unterläge ⁸⁾. Diese Bestimmung ist jedoch als Argument für die hier vertretene Ansicht nicht geeignet, da nicht jeder Kredit notwendig der Anlage zugeführt werden muß.

6) HEINZE, a.a.O.

7) Vgl. die Mitteilung der Bundesbank Nr. 7020/72 (BANz. Nr. 221 vom 25.11.1972), Nr. 6.

8) PELTZER, Devisenbann und Bardepot zu Beginn des Frühjahrs 1973, in: BB 1973, S. 450 ff. (454).

§ 5) Die depotpflichtigen Vorgänge: Aufnahme von Darlehen und sonstigen Krediten

Die Depotpflicht knüpft gemäß § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG an Verbindlichkeiten aus unmittelbar oder mittelbar bei Gebietsfremden aufgenommenen Darlehen oder sonstigen Krediten an. Als Kredite gelten alle Rechtsgeschäfte und Handlungen, die wirtschaftlich eine Kreditaufnahme darstellen, vgl. § 6 a Abs. 1 Satz 2 AWG.

Unter Kreditaufnahme im wirtschaftlichen Sinn ist die Inanspruchnahme von Fremdmitteln oder die zeitweilige Zurverfügungstellung von Kaufkraft zu verstehen ¹⁾. Die weite Fassung des Kreditbegriffs wirkt erhebliche Probleme auf. Insbesondere bedarf in diesem Zusammenhang der Erörterung, was unter Geld- und Kapitalzuflüssen zu verstehen ist. Dabei ist zunächst der Frage nachzugehen, welche Rechtsgeschäfte sich ihrer Art nach als Kreditaufnahme im Sinne des Gesetzes darstellen. Im Anschluß daran bedarf der Untersuchung, welche Verbindlichkeiten aus Kreditaufnahme in zeitlicher Hinsicht von der Depotpflicht erfaßt werden.

I. Aufnahme von Darlehen

Im Rahmen des Problemkreises "Darlehen" ist zu unterscheiden zwischen den Rechtsgeschäften, die sich als Darlehen im Sinne des BGB darstellen, und den Rechtsgeschäften, die sich als "Darlehen" im wirtschaftlichen Sinn darstellen. Gesonderter Betrachtung bedarf die Frage, unter welchen Umständen ein "mittelbar" bei einem Gebietsfremden aufgenommenes Darlehen gegeben ist.

1) Vgl. STAUDER, Der bankgeschäftliche Kreditvertragsöffnungsvertrag, S. 28, mit weiteren Hinweisen auf ähnliche in der Wirtschaftswissenschaft gebräuchliche Definitionen.

1. Das Darlehen im Sinne des BGB

Das Darlehen im Sinne von § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG ist identisch mit dem auf Geld gerichteten Darlehen im Sinne von § 607 BGB. Die Depotpflicht ist an die Verbindlichkeit geknüpft, die aus dem von einem Gebietsansässigen bei einem Gebietsfremden aufgenommenen Darlehen entsteht. Das ist beim Darlehen die Verpflichtung zur Rückzahlung.

Kein Kriterium für das Entstehen der Depotpflicht ist mithin, auf welche Art und Weise das Darlehen valutiert wird und wo die Valuta Verwendung findet ²⁾. Das hat zur Folge, daß Depotpflicht entstehen kann, obwohl tatsächlich kein Kapital ins Wirtschaftsgebiet transferiert wird. So entsteht Depotpflicht, wenn der Darlehensgeber gebietsfremd ist und der Darlehensnehmer gebietsansässig, gleich ob die Valuta von einem gebietsansässigen Dritten an den Darlehensnehmer oder von dem Darlehensgeber an einen gebietsfremden Dritten ausgezahlt wird. Umgekehrt hat tatsächliche Kapitaleinfuhr nicht notwendig Depotpflicht zur Folge. Ist der Darlehensgeber gebietsansässig, während die Valuta einem gebietsansässigen Darlehensnehmer von einem gebietsfremden Dritten ausgezahlt wird, so entsteht ebenso wenig Depotpflicht, als wenn der Darlehensnehmer gebietsfremd ist, während die Valuta vom gebietsfremden Darlehensgeber an einen gebietsansässigen Dritten ausgezahlt wird.

Einerseits die Depotpflicht auch an Rechtsgeschäfte zu knüpfen, die nicht mit tatsächlicher Kapitaleinfuhr verbunden sind, andererseits aber Rechtsgeschäfte von der Depotpflicht auszunehmen, die mit tatsächlicher Kapitaleinfuhr verbunden sind, erach-

2) Ebenso HAASE, Das Bardepotgesetz, in: WiR 1972, S. 87 ff. (96).

tet HEINZE unter dem Gesichtspunkt des Gesetzeszweckes als Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot der Art. 3 GG ³⁾. Dem ist bei zutreffender Auslegung des Begriffs "Geld- und Kapitalzuflüsse" nicht zuzustimmen.

Wenn der Gesetzgeber die Exekutive ermächtigt, die Depotpflicht auch für Fälle herbeizuführen, in denen tatsächlich kein Kapital ins Wirtschaftsgebiet transferiert wird, und umgekehrt ausschließt, Vorgänge depotpflichtig zu machen, obwohl tatsächlich Kapital ins Wirtschaftsgebiet transferiert wird, so ist aus dieser Regelung, wie sie in § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG getroffen wurde, auf die Bedeutung des Begriffs "Geld- und Kapitalzuflüsse" rückzuschließen.

Der Begriff ist danach extensiv auszulegen: Geld- und Kapitalzufluß aus fremdem Wirtschaftsgebiet ist dann gegeben, wenn einem Gebietsansässigen auf Grund eines bei einem Gebietsfremden aufgenommenen Darlehens die Möglichkeit eröffnet wird, von gebietsfremdem Kapital Gebrauch zu machen. Diese extensive Begriffsauslegung wird dem Sinn der Depotpflicht gerecht. Das Bardepot will verhindern, daß die inländische restriktive Kreditpolitik durch Ausweichen auf den ausländischen Kapitalmarkt unterlaufen wird. Wollte man unter Kapitalzufluß nur den tatsächlichen Kapitaltransfer verstehen, würde das Bardepotgesetz mittels allgemeiner Rechtsvorgänge ausgehöhlt für den Fall, daß gebietsfremdes Kapital in Anspruch genommen worden ist. So gesehen hat die Depotpflicht auch den Sinn, Kapital zum Abfluß zu bewegen ⁴⁾.

3) HEINZE, Rechtsfragen der Bardepotpflicht, in: AWD 1972, S. 313 ff. (318 unter 8., Absatz 5).

4) Diese Frage bedarf hier noch keiner näheren Erörterung.

Die oben genannten Rechtsvorgänge stellen sich danach wie folgt dar:

a) Ist der Darlehensgeber gebietsansässig, während die Valuta einem gebietsansässigen Darlehensnehmer von einem gebietsfremden Dritten ausgezahlt wird, so verwendet der Darlehensnehmer nicht Kapital aus fremdem Wirtschaftsgebiet, sondern ~~solches~~ des Darlehensgebers.

Der Kreditgeber ist zur Auszahlung der Valuta gegenüber dem Darlehensnehmer verpflichtet. Der Dritte zahlt nur deshalb direkt an den Darlehensnehmer, weil er sonst an den Darlehensgeber zahlen würde auf Grund irgend eines Rechtsverhältnisses, wobei für die Frage, ob der Darlehensnehmer depotpflichtig ist, irrelevant ist, welcher Natur das Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Darlehensgeber ist. Daraus folgt, daß der Darlehensnehmer nicht von gebietsfremdem Kapital Gebrauch macht, sondern von gebietseigenem Kapital, das dem Darlehensgeber zusteht. Die Direktüberweisung stellt sich nicht als Kapitalzufluß dar, sondern als Vereinfachung der Zahlungsvorgänge, wie sie allgemein üblich ist.

Ist der Darlehensnehmer gebietsfremd, während die Valuta vom gebietsfremden Darlehensgeber an einen gebietsansässigen Dritten ausgezahlt wird, so ist der Dritte nur dann depotpflichtig, wenn er seinerseits das Kapital als Kredit empfängt, was aber in diesem Rahmen nicht zur Diskussion steht.

b) Ist dagegen der Darlehensgeber gebietsfremd und empfängt der gebietsansässige Darlehensnehmer die Valuta von einem gebietsansässigen Dritten, so verwendet der Darlehensnehmer gebietsfremdes Kapital. Würde der Dritte nicht auf Grund irgend eines Rechtsverhältnisses an den Darlehensnehmer zahlen, würde er das Geld an den Darlehensgeber selbst

zahlen, der seinerseits dann die Valuta an den Darlehensnehmer auszahlen müsste. Durch die Vereinfachung der Zahlungsvorgänge wird die Tatsache, daß der Darlehensnehmer gebietsfremdes Kapital erhält, nicht ausgeräumt.

Zahlt der gebietsfremde Darlehensgeber die Valuta nicht an den gebietsansässigen Darlehensnehmer, sondern an einen gebietsfremden Dritten, so verwendet der Darlehensnehmer ebenfalls gebietsfremdes Kapital. Die Direktüberweisung stellt sich ebenfalls lediglich als Vereinfachung der Zahlungsvorgänge dar und ist damit für die Frage der Depotpflicht unerheblich.

Die Frage war aktuell hinsichtlich ausländischer Akzeptkredite, die im Inland diskontiert werden: Der gebietsfremde Darlehensgeber erfüllt seine Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag dadurch, daß er einen Wechsel akzeptiert, vgl. § 364 Abs. 2 BGB; der Darlehensnehmer diskontiert den Wechsel im Inland und erhält so die Valuta.

Die Bundesbank sah hierin entgegen INHÜLSEN und HEINZE einen depotpflichtigen Vorgang ⁵⁾. Nach richtiger Interpretation des Gesetzes ist bereits durch die Diskontierung ein depotpflichtiger Vorgang gegeben. Auch hier ist das Rechtsverhältnis zwischen dem gebietsfremden Darlehensgeber (dem Akzeptanten) und dem gebietsansässigen Dritten (dem Indossatar) unerheblich. Der Darlehensnehmer (der Aussteller) erhält nur deshalb Kapital, weil der Dritte seinerseits dem Darlehensgeber Kredit einräumt, so daß wirtschaftlich gesehen der Darlehens-

5) Vgl. die Mitteilung der Bundesbank Nr. 7008/73 (Banz. Nr. 68 vom 11.4.1972), Abschnitt I Nr. 4; INHÜLSEN, Das Bardepot, in: BB 1972, S. 638 ff. (640 unter II Nr. 6); HEINZE, a.a.O. (Fußnote 3), S. 638 Fußnote 33).

nehmer auf Grund Kredit des Darlehensgebers Kapital erhält, das gegenüber dem Darlehensnehmer dem Darlehensgeber selbst zusteht und damit gebietsfremdes Kapital ist.

Die Bundesregierung hat durch die 24. ÄndVO vom 14. Dezember 1972 ⁶⁾ den Akzeptkredit von der Depotpflicht ausgenommen, vgl. § 69 b Abs. 1 Nr. 11 AWG.

2. Das Darlehen im wirtschaftlichen Sinne

Unter das Darlehen im wirtschaftlichen Sinne fallen Vorgänge, die sich faktisch als Darlehen darstellen, nämlich als Empfang einer Geldleistung bei freier Verfügbarkeit verbunden mit der Verpflichtung, den Betrag nach einer bestimmten Zeit zurückzugewähren.

a) Ein Beispiel dieser Art ist ausdrücklich im Gesetz aufgeführt. Gemäß § 6 a Abs. 1 Satz 3 AWG gilt die im Zusammenhang mit der Ausstellung, Annahme oder Indossierung eines Wechsels durch einen Gebietsansässigen erbrachte Geldleistung eines Gebietsfremden als Kredit ⁷⁾. Wirtschaftlich gesehen liegt deshalb ein Darlehen vor, weil der Gebietsansässige damit rechnen muß, die empfangene Geldleistung auf Grund seiner Haftung aus dem Wechsel zurückzugewähren, vgl. Art. 9, 15 und 28 WG. Dies gilt allgemein für den Verkauf von Forderungen durch einen Gebietsansässigen an einen Gebietsfremden, wenn der Verkäufer für die Erfüllung der Forderung (mit-) haftet. Haftet der Verkäufer nicht, liegt lediglich entgeltliche Forderungsabtretung vor ⁸⁾.

6) BGBl. I S. 2373.

7) Satz 3 wurde eingefügt durch das Zweite Gesetz zur Änderung des AWG vom 23. Februar 1973, BGBl. I S. 109.

8) Ebenso schon vor dem 2. ÄndG INHÜLSEN, a.a.O. (Fußnote 5), S. 639 unter III. 4.; HEINZE, a.a.O. (Fußnote 3), S. 315 unter 3., Absatz 2; die Bundesbank in ihrer Mitteilung Nr. 7008/72 a.a.O. (Fußnote 5), Abschnitt I Nr. 1 und 2.

b) Darlehen im wirtschaftlichen Sinn ist ferner der Verkauf durch einen Gebietsansässigen an einen Gebietsfremden mit Wiederkaufverpflichtung. Darunter fallen insbesondere Pensionsgeschäfte mit Wertpapieren ⁹⁾.

3. Das mittelbar bei einem Gebietsfremden aufgenommene Darlehen.

Im Sinne des § 6 a Abs. 1 Satz 1 iVm Satz 2 AWG ist ein Darlehen dann als mittelbar bei einem Gebietsfremden aufgenommen zu erachten, wenn die Darlehensaufnahme formal gesehen bei einem Gebietsansässigen, wirtschaftlich gesehen jedoch bei einem Gebietsfremden erfolgt ¹⁰⁾. In diesem Zusammenhang ist die Frage umstritten, unter welchen Umständen der Schuldner einer zwischen Gebietsansässigen begründeten Forderung depotpflichtig wird, wenn der Gläubiger die Forderung entgeltlich an einen Gebietsfremden abtritt und sich auf diese Weise refinanziert.

Wirtschaftliche Sicht im Sinne des Gesetzes heißt tatsächliche Sicht bezogen nur auf äußere Tatsachen mit der Folge, daß innere Tatsachen, etwa was die Parteien tatsächlich gewollt haben, außer Betracht bleibt ¹¹⁾. Der äußere Geschehensablauf muß sich

9) Ein Pensionsgeschäft liegt vor, wenn Vermögensgegenstände (insbes. Wertpapiere) gegen Zahlung eines bestimmten Betrages auf einen anderen mit der Pflicht übertragen werden, daß sie zu einem bestimmten oder bestimmbaren Zeitpunkt zu einem im voraus vereinbarten Betrag zurückerworben werden müssen, vgl. PALANDT, BGB, Einf. v. § 607, 4) b) dd). Vgl. i.ü. dazu INHÜLSEN, a.a.O. (Fußnote 5), S. 640 unter III.5.; HEINZE, a.a.O. (Fußnote 3), S. 315 unter 3., Absatz 2; die Bundesbank in Mitteilung Nr. 7008/72 a.a.O. (Fußnote 5), Abschnitt I Nr. 5.

10) Ebenso FLACHMANN, Bardepot, S. 61.

11) So auch VGH Baden-Württemberg DVBl 1974 S. 201. A.A. OVG Berlin DB 1974 S. 1111; FLACHMANN, Bardepot, S. 61; HAASE, a.a.O. (Fußnote 2), S. 95;

so darstellen, als hätte sich der Schuldner direkt an den Gebietsfremden gewandt. Das folgt bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes, vgl. § 6 a Abs. 1 Satz 2 AWG, wonach Kredit ist, was sich als Kredit d a r s t e l l t, nicht was als Kredit gewollt ist.

Der Schuldner darf durch § 6 a Abs. 1 AWG nicht in seiner Freiheit eingeschränkt werden, bei einem Gebietsansässigen überhaupt ein Darlehen aufzunehmen. Demzufolge muß sich gerade aus dem äußeren Geschehensablauf ergeben, daß zwischen der Begründung der Forderung durch Gebietsansässige und dem Verkauf der Forderung an einen Gebietsfremden ein unmittelbarer Zusammenhang im Sinne einer Kausalität besteht.

Die Bundesbank sieht zu Recht diesen unmittelbaren Zusammenhang insbesondere dann als gegeben, wenn zwischen den Parteien des ursprünglichen Kreditgeschäfts ein ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständnis über die spätere Abtretung der Forderung an einen Gebietsfremden bestand ¹²⁾. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Sinne des Gesetzes erfordert gerade nicht den Nachweis, daß die Forderung zum Zwecke der Abtretung begründet worden ist. Da das Bardepotgesetz Eingriffsverwaltung ermöglicht, wäre die Bundesbank beweispflichtig. Der Beweis wäre in der Praxis aber kaum zu erbringen, sodaß die Depotpflicht leicht umgangen werden könnte. Es ist schon schwierig genug, die äußere Tatsache des ausdrücklichen oder gar stillschweigenden Einverständnisses zu beweisen.

Darüber hinaus steht die Bundesbank auf dem Stand-

v.METTENHEIM, Die Abgrenzung von Kredit und Kapitalausstattung nach dem Außenwirtschaftsgesetz in: BB 1973, S. 778 ff (779 f.).

12) Mitteilung der Bundesbank Nr. 7008/72 a.a.O. (Fußnote 5), Abschnitt I Nr. 3.

punkt, daß mittelbare Darlehensaufnahme auch dann vorliegt, wenn der Schuldner (erst, der Verf.) bei der (späteren, der Verf.) Abtretung mitwirkt, z.B. durch Zustimmung ¹³⁾. INHÜLSEN und HEINZE sind der Ansicht, aus der Tatsache der Zustimmung könne nicht auf das Vorliegen einer mittelbaren Darlehensaufnahme geschlossen werden, da die Abtretung von einer Zustimmung gar nicht abhängig ist gemäß § 398 BGB ¹⁴⁾ bzw. die Zustimmung ja auch ohne Rücksicht darauf erfolgen kann, daß die Abtretung gerade an einen Gebietsfremden erfolgen soll ¹⁵⁾. Hier wird verkannt, daß nur der äußere Geschehensablauf entscheidend ist. Die Zustimmung zur Abtretung einer Forderung, die auch ohne Zustimmung abgetreten werden kann, ist selbst keine Zustimmung im rechtlichen Sinne gemäß §§ 182 ff. BGB, sondern etwas rein tatsächliches. In der äußeren Tatsache allein liegt die unmittelbare Verbindung von Forderungsbegründung und Abtretung. Gegeben ist eine Handlung, die wirtschaftlich eine Kreditaufnahme darstellt, vgl. den Wortlaut von § 6 a Abs. 1 Satz 2 AWG.

II. Sonstige Kredite

Der Begriff "Kredit" ist im Verhältnis zum Begriff "Darlehen" der weitere. Er umfaßt über das Darlehen hinaus jegliche Form der Möglichkeit, über fremdes Kapital zu verfügen ¹⁶⁾. Das kann unmittelbar aus § 6 a Abs. 1 Satz 2 AWG geschlossen werden, wonach als Kredite im Sinne des § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG solche Rechtsgeschäfte und Handlungen gelten,

13) Vgl. die Mitteilung der Bundesbank Nr. 7008/72 a.a.O. (Fußnote 5), Abschnitt I Nr. 3.

14) So INHÜLSEN, a.a.O. (Fußnote 5), S. 640 unter III. 4.

15) So HEINZE, a.a.O. (Fußnote 3), S. 319 unter 8., Absatz 6.

16) Vgl. HAASE, a.a.O. (Fußnote 2), S. 94; v. METTENHEIM, a.a.O. (Fußnote 11), S. 779.

die wirtschaftlich eine Kreditaufnahme darstellen. In diesem Rahmen werden die Zweifel, die um die Bedeutung des Begriffs "Kredit" im Zusammenhang mit der Frage entstanden sind, was unter "Geld- und Kapitalzuflüssen" im Sinne des § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG zu verstehen ist, besonders offenbar.

1. Kredit_und_Kapitalzufluß

Die entscheidende Fragestellung ist, ob der weite Kreditbegriff dadurch eingeengt wird, daß als Kredit nur das Rechtsgeschäft zu erachten ist, welches mit tatsächlichem Kapitalzufluß verbunden ist - oder ob umgekehrt der weite Kreditbegriff den Begriff Kapitalzufluß derart erweitert, daß darunter auch die Verhinderung von Kapitalrückfluß zu verstehen ist. Die Meinungen sind weitgehend geteilt.

Der Gesetzgeber war vor die Aufgabe gestellt, tatsächliche Kapitalzuflüsse einzuschränken, die dadurch entstanden sind, daß die restriktive Kreditpolitik durch Ausweichen auf den ausländischen Kapitalmarkt unterlaufen wurde. Die Kreditaufnahme vollzieht sich in aller Regel durch Aufnahme von Darlehen im Sinne von § 607 BGB. Lediglich die Aufnahme von Darlehen im Ausland einzuschränken wäre für die Zielsetzung des Gesetzgebers wenig erfolgversprechend gewesen, da das Privatrecht Möglichkeiten aufweist, wirtschaftlich den gleichen Erfolg herbeizuführen. Um diese Umgehungsmöglichkeiten auszuschließen, mußte der Gesetzgeber den weiten Kreditbegriff als Anknüpfung für die Depotpflicht verwenden.

Als Kredit sind auch Rechtsgeschäfte anzusehen, durch die ein Gebietsfremder einem Gebietsansässigen die Möglichkeit eröffnet, Kapital zu verwenden, das wirtschaftlich dem Gebietsfremden zugeordnet

ist, ohne daß dieses vorher vom Gebietsfremden ins Wirtschaftsgebiet transferiert wurde. Das ist der Fall bei Beträgen, die von Gebietsfremden im Inland erwirtschaftet und gestundet worden sind, z.B. bei Stundung des Gewinns aus der Beteiligung an einer gebietsansässigen Gesellschaft. Die Stundung könnte im Einzelfall nur aus dem Grunde gewährt werden, um die restriktive Kreditpolitik im Wirtschaftsgebiet zu unterlaufen. Welches Motiv im Einzelfalle zur Stundung geführt hat, muß aber dann außer Betracht bleiben, wenn andernfalls das ganze Gesetz mangels Praktikabilität keine Wirkung entfalten würde. Wenn der Gesetzgeber damit aus guten Gründen einen weiten Kreditbegriff wählt, muß daraus geschlossen werden, daß Depotpflicht auch dann entsteht, wenn kein fremdes Kapital ins Wirtschaftsgebiet transferiert wird, sondern umgekehrt das fremde Kapital gehindert wird, ins fremde Wirtschaftsgebiet abzufließen.

Der Wortlaut "Geld- und Kapitalzuflüsse" gemäß § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG steht dem nicht entgegen. Voraussetzung für die Einführung der Depotpflicht als solche durch die Bundesregierung sind allerdings tatsächliche Kapitalzuflüsse. Daraus folgt aber nicht, daß das Entstehen der Depotpflicht im Einzelfall ebenfalls von tatsächlichem Kapitalzufluß abhängig zu machen ist. Aus der Notwendigkeit, die Umgehung der Depotpflicht zu verhindern und damit aus dem weiten Kreditbegriff folgt vielmehr, daß die Depotpflicht auch an das Verhindern von Kapitalabfluß angeknüpft werden kann. Die Einführung der Depotpflicht als solche wird deshalb von tatsächlichem Kapitalzufluß abhängig gemacht, da eine Pflicht, die (noch) nicht besteht, nicht umgangen werden kann und damit die Kreditaufnahme in aller Regel auf die naheliegendste Weise - eben durch tatsächlichen Kapitalzufluß bewirkendes Darlehen - er-

folgt ¹⁷⁾.

Gegen die Ansicht, die Depotpflicht erfasse nicht nur tatsächlichen Kapitalzufluß, wenden sich insbesondere HEINZE und PELTZER.

HEINZE ¹⁸⁾ weist darauf hin, daß der Wortlaut des Gesetzes und die Gesetzesmaterialien gegen die Auffassung sprechen, die Depotpflicht diene nicht nur der Verhinderung von tatsächlichen Kapitalzuflüssen. Richtig ist, daß wortlautgemäß tatsächliche Kapitalzuflüsse nur Voraussetzung für die Einführung der Depotpflicht als solche sind. Daraus folgt nicht, daß notwendig auch die Depotpflicht im Einzelfall von tatsächlichen Kapitalzuflüssen abhängig ist. Im übrigen sind Gesetzesmaterialien nur subsidiär verwertbar.

Ferner macht HEINZE geltend ¹⁹⁾, daß die Depotpflicht nicht schon mit der Gewährung eines Kredits entsteht, sondern erst mit der Begründung der Verbindlichkeit zur Rückzahlung. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Verbindlichkeit lediglich aus einem aufgenommenen (sonstigen) Kredit erwachsen sein muß. Die Verbindlichkeit muß nicht notwendig gerade eine Rückzahlungsverpflichtung sein ²⁰⁾.

17) Vgl. dazu die kurze Anmerkung von INHÜLSEN, a.a.O. (Fußnote 5), S. 638 unter II. sowie S. 639 unter III. 3. und die längere Ausführung von STARCK, Der Kreditbegriff und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Bardepotrecht, in: BB 1973, S. 1607 ff. (1609), beide der hier vertretenen Meinung. Ebenso die Bundesbank in Mitteilung Nr. 7020/72 (BÄnz. Nr. 221 vom 25.11.1972), Nr. 1 Satz ;; VG Stuttgart BB 1973, S. 1457 f.; VGH Baden-Württemberg BB 1974, S. 197 ff. (198).

18) HEINZE, a.a.O. (Fußnote 3), S. 313 Fußnote 3

19) HEINZE, a.a.O. (Fußnote 3), S. 315 unter 3., Absatz 4

20) HEINZE hält selbst Vorauszahlungen des Gebietsfremden auf Warenlieferungen des Gebietsan-

Zuletzt wendet sich HEINZE auch gegen die Depotpflicht auf Grund einer Kaufpreisstundung ²¹⁾.

HEINZE erkennt, daß in einer Stundung wirtschaftlich gesehen ein Kredit liegt, nämlich die Möglichkeit, über Kapital zu verfügen, das fremdes Kapital ist, weil dem Gläubiger ein durchsetzbarer Anspruch gegenüber dem Schuldner zusteht ²²⁾.

PELTZER stellt die Frage, warum nicht auch dann Depotpflicht entsteht, wenn die Verpflichtung aus Schenkung, Erbschaft oder Delikt nicht sofort beglichen wird ²³⁾. Wirtschaftlich gesehen liegt im Unterlassen der Liquidierung einer Forderung ein Kredit des Gläubigers zugunsten des Schuldners, nämlich die Eröffnung der Möglichkeit für den Schuldner, wirtschaftlich fremdes Kapital zu nutzen bzw. bei Mittellosigkeit des Schuldners der zeitweise "Verzicht" des Gläubigers, sein wirtschaftlich eigenes Kapital an sich zu ziehen. Daraus folgt konsequent, daß in diesen Fällen Depotpflicht entsteht.

Die Angriffe auf die weite Fassung des Gesetzes erweisen sich als nicht berechtigt, wenn man be-

sässigen - zu Recht - für depotpflichtig, vgl. HEINZE, a.a.O. (Fußnote 3), S. 315 unter 3., Absatz 2. A.A. ohne Begründung MEILLICKE, ist die Inanspruchnahme von Zahlungsfristen durch Gebietsfremden bei Gebietsfremden devisenrechtlich ab 15.6.73 -noch- genehmigungspflichtig oder bardepotpflichtig? , in: DB 1973 S. 1385.

- 21) HEINZE, a.a.O. (Fußnote 3), S. 315 unter 3., Absatz 2.
- 22) HEINZE bejaht die Depotpflicht aber doch - zu Recht - bei Krediten in Form von Vorauszahlungen auf Warenlieferungen, vgl. Fußnote 20. Daß Stundung zur Depotpflicht führt, bejaht auch INHÜSEN, a.a.O. (Fußnote 5), S. 639 unter III. 3., Absatz 3 am Beispiel von Dividendenstundung, sowie VG Stuttgart BB 1973, S. 1457 f. A.A. ohne Begründung MEILLICKE, a.a.O. (Fußnote 20).
- 23) PELTZER, Devisenbann und Bardepot zu Beginn des Frühjahrs 1973, in: BB 1973, S. 450 ff. (454).

denkt, daß der Gesetzgeber der Verwaltung ein wirkungsvolles Instrument an die Hand geben musste, wollte er sein Ziel erreichen. Das Bardepotgesetz will den Geld- und Kapitalzufluß einschränken. Da das Zivilrecht viele Möglichkeiten eröffnet, wirtschaftlich den Erfolg einer Darlehensaufnahme zu erreichen, mußte der allumfassende wirtschaftliche Kreditbegriff in das Gesetz Eingang finden ²⁴⁾.

Das wirtschaftspolitische Instrument muß aber auch praktikabel sein. Das impliziert, daß unerheblich sein muß, aus welchen Gründen die Forderung nicht liquidiert wird. Behauptet der Schuldner, die Zahlung unterbleibt wegen Mittellosigkeit, müsste der Bundesbank der Beweis des Gegenteils gelingen, ein Unterfangen, daß selbst für Gerichte mit Schwierigkeiten verbunden ist.

Auch das Beispiel von STARCK führt zu keinem anderen Ergebnis ²⁵⁾: Die auf Privatkonten eingezahlten Gewinnanteile gebietsfremder Kommanditisten etc. unterliegen auch insoweit der Depotpflicht, als der Betrag nur gehalten wird, um die daraus entstandene Steuerschuld zu begleichen. Wollte man anderes vertreten, müsste die Bundesbank unter Umständen entweder selbst die Höhe der Steuerschuld errechnen oder den Steuerbescheid abwarten und bestandskräftig werden lassen, was lange währen mag - Gesichtspunkte, die der Praktikabilität entgegenlaufen. Die Schwierigkeiten wären ausgeräumt, würde das gebietsansässige Unternehmen dem Gebietsfremden den Gewinn auszahlen.

STARCK ²⁶⁾ will aus § 2 Abs. 2; § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG in Verbindung mit dem Verfassungsgebot der Ver-

24) Vgl. HAASE, A.a.O. (Fußnote 2), S. 92 und 95.

25) STARCK, a.a.O. (Fußnote 17), S. 1611.

26) STARCK, a.a.O.

hältnismäßigkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG entnehmen, daß die Bundesregierung das genannte Beispiel in den Ausnahmekatalog des § 69 b AWW aufzunehmen hat. Da gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in die freie menschliche, das heißt auch wirtschaftliche Tätigkeit nur eingegriffen werden darf, soweit damit ein Gemeinschaftsgut geschützt wird - hier das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht - ergebe sich diese Pflicht für die Bundesregierung kraft Ermessensreduzierung auf Null, da nicht gesagt werden könne, der Betrag gefährde das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht. Daher komme dem § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG eine den relevanten Kreditbegriff letztendlich erst bestimmende Funktion zu.

STARCK misst der Ermächtigung zur Ausnahmeregelung gemäß § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG eine falsche Bedeutung zu. Die Bestimmung wird zwar für die Fälle relevant, die das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht nicht zu gefährden vermögen, aber unabhängig davon, ob der Kredit deshalb in Anspruch genommen wurde, um der restriktiven Kreditpolitik zu entgegen²⁷⁾. § 6 a Abs. 1 AWG dagegen will durch seine weite Fassung die Möglichkeit der Umgehung der Depotpflicht verhindern und größtmögliche Praktikabilität bei der Durchführung des Gesetzes ermöglichen, so daß § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG ohne Einfluß auf den relevanten Kreditbegriff des § 6 a Abs. 1 AWG ist²⁸⁾.

2. Kredit und gesellschaftsrechtliche Beteiligung

Im Gegensatz zur Beschränkung von Kapital- und Geldanlagen gemäß § 23 AWG enthält § 6 a AWG keinen aus-

27) Die Bedeutung von § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG bedarf an dieser Stelle noch keiner näheren Erörterung. Die diesbezügliche Untersuchung erfolgt im Rahmen der Ausnahme von der Depotpflicht.

28) So auch VGH Baden-Württemberg DVBl 1974, S. 201.

drücklichen Hinweis auf die Handhabung von gesellschaftlichen Beteiligungen, vgl. § 27 Abs. 1 Nr. 6; Abs. 2 Nr. 2 AWG. Daraus ist jedoch nicht zu schließen, daß gesellschaftsrechtliche Beteiligungen durch Gebietsfremde nicht der Depotpflicht unterliegen können. Vorgänge dieser Art sind im Lichte des Kreditbegriffs gemäß § 6 a Abs. 1 AWG zu sehen ²⁹⁾. Nach der hier vertretenen Auffassung ist danach entscheidend, ob sich gesellschaftsrechtliche Vorgänge anhand objektiver Merkmale im tatsächlichen Ergebnis als Kreditaufnahme darstellen ohne Rücksicht darauf, in welche rechtliche Form der Vorgang gekleidet ist und ob subjektiv eine Kreditaufnahme gewollt war oder nicht ³⁰⁾.

VON METTENHEIM ³¹⁾ vertritt in diesem Zusammenhang den Standpunkt, der Kreditbegriff des § 6 a AWG sei identisch mit dem zivilrechtlichen Kreditbegriff. Daher sei entscheidend, was die Parteien wirtschaftlich erreichen wollten (§§ 117 Abs. 2; 133 BGB). Das folge aus dem Grundsatz der Einheit des Rechts und könne nur dann nicht gelten, wenn der Gesetzgeber den Kreditbegriff in § 6 a AWG legaldefiniert hätte, was nicht geschehen sei. Objektive Kriterien seien überdies nicht praktikabel.

Dem ist entgegenzuhalten, daß der Begriff im Zivilrecht überhaupt nicht definiert ist. Wo der Begriff im Gesetz Verwendung findet (z.B. bei dem Kreditauftrag gemäß § 778 BGB), ist er im Zusammenhang mit der speziellen Norm nach Sinn und Zweck auszulegen, was durchaus zu verschiedenen Ergebnissen führen kann, vgl. z.B. die Definition für das G-

29) Ebenso INHÜLSEN, a.a.O. (Fußnote 5), S. 639 unter III.2. Absatz 2; HEINZE, a.a.O. (Fußnote 3, S. 315 unter 3., Absatz 3.

30) A.A. ohne Begründung OVG Berlin DB 1974, S. 1111.

31) V. METTENHEIM, a.a.O. (Fußnote 11), S. 779 f.

setz über das Kreditwesen in § 19 des Gesetzes. Der Grundsatz der Einheit des Rechts ist ohnehin nur unerreichte Zielvorstellung. Die Abgrenzung nach objektiven Kriterien ist gerade im Fall des Bardepots aus Gründen der Beweiserleichterung zugunsten der Bundesbank praktikabel - eine brauchbare Alternative besteht nicht.

In Bezug auf eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung ist wesentliches Unterscheidungsmerkmal eines Kredits, daß keine Verlustbeteiligung besteht ³²⁾. Der Kreditgläubiger vermag allenfalls seine Forderung nicht zu realisieren.

Es lässt sich daher mit der Bundesbank sagen, daß die Einlage durch einen stillen Gesellschafter (vgl. §§ 335 ff. BGB) dann nicht zur Depotpflicht führt, wenn der stille Gesellschafter mit einem der Höhe seiner Einlage angemessenen Anteil und bis zum Gesamtbetrag seiner Einlage am Verlust beteiligt ist ³³⁾ oder vertraglich auf die Rückforderung der Einlage bis zur vollen Befriedigung aller Gläubiger des Unternehmens verzichtet hat ³⁴⁾.

Das partiarische Darlehen ist Darlehen gegen (nur) Gewinnbeteiligung ³⁵⁾ und löst damit ohne weiteres Depotpflicht aus.

Die Bundesbank vertritt den Standpunkt, daß Einlagen von gebietsfremden Kommanditisten insoweit zur

32) Vgl. HEINZE, a.a.O. (Fußnote 3), S. 315 unter 3., Absatz 3.

33) Gemäß § 336 Abs. 2 HGB kann die Verlustbeteiligung ausgeschlossen werden.

34) Vgl. den Wortlaut der Mitteilung der Bundesbank Nr. 7020/72, a.a. O. (Fußnote 17), unter Nr. 2. A.A. konsequentermaßen v. METTENHEIM, a.a.O. (Fußnote 11), S. 782.

35) PALANDT, BGB, Einf. v. § 607, 3) j).

Depotpflicht führen, als sie die im Gesellschaftsvertrag festgelegte Höhe der haftenden Einlage überschreiten ³⁶⁾. Für die Frage, ob der Kommanditist mit seiner Einlage haftet und damit nicht Kreditgeber ist, ist gemäß § 172 Abs. 1 und 2 HGB entscheidend, ob die volle Höhe der Einlage im Handelsregister eingetragen ist oder sonst bekanntgemacht worden ist. Die Überschreitung der durch Gesellschaftsvertrag festgelegten Höhe der Einlage führt daher nur dann zur Depotpflicht, wenn die Erhöhung nicht bekanntgemacht worden ist. Der von der Bundesbank vertretene Standpunkt ist daher mißverständlich. V. METTENHEIM hält in Konsequenz zu seiner Rechtsauffassung Einlagen von Kommanditisten in keinem Fall für depotpflichtig ³⁷⁾.

3. Weitere Fallgestaltungen

Die Bundesbank vertritt ferner den Standpunkt, daß die Ausstattung einer Zweigniederlassung oder Betriebsstätte eines gebietsfremden Unternehmens im Wirtschaftsgebiet mit einem unangemessen hohen Dotations- oder Betriebskapital zur Depotpflicht führe ³⁸⁾. Gegen diesen Standpunkt wendet v. METTENHEIM ein, aus § 4 a Abs. 1 Nr. 3 AWG folge nicht, daß innerhalb einer Rechtspersönlichkeit eine Forderung entstehen kann. V. METTENHEIM übersieht, daß durch § 6 a Abs. 1 Satz 4 AWG die rechtliche Selbständigkeit der Unternehmensteile untereinander fingiert wird ³⁹⁾.

Entgegen v. METTENHEIM ⁴⁰⁾ ergibt sich auch nicht aus

36) Vgl. den Wortlaut der Mitteilung der Bundesbank Nr. 7020/72, a.a.O. (Fußnote 17), unter Nr. 1 Satz 2.

37) V. METTENHEIM, a.a.O. (Fußnote 11), S. 781 f.

38) Vgl. Mitteilung der Bundesbank Nr. 7020/72, a.a.O. (Fußnote 17), unter Nr. 5

39) V. METTENHEIM, a.a.O.

40) V. METTENHEIM, a.a.O.

§ 23 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 AWG, daß die Ausstattung mit unangemessen hohem Betriebskapital von der Depotpflicht nicht erfaßt wird, weil dieser Tatbestand im Gegensatz zu § 23 AWG in § 6 a AWG nicht ausdrücklich erwähnt ist. Richtig ist, daß die Beschränkungsmöglichkeit auf Grund § 23 AWG weitergeht als diejenige auf Grund § 6 a AWG, da gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 2 AWG schon dann die Ausstattung von Unternehmen (-steilen) beschränkt werden kann, wenn sich diese nicht als Kredit im Sinne von § 23 Abs. 1 Nr. 6 AWG darstellt, also schon im Falle einer angemessenen Ausstattung mit Betriebskapital.

Die Abrechnung über Kontokorrent kann sich ebenfalls als depotpflichtiger Vorgang darstellen. Dabei ist auch hier von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auszugehen. Deshalb ist nicht entscheidend, welche rechtliche Form des Kontokorrents von den Parteien gewählt worden ist. Insbesondere ist nicht entscheidend, ob sofortige Verrechnung erfolgt im Sinne eines Staffellokontokorrents, oder ob die Forderungen während der Kontokorrent-Periode gebunden werden und mittels Novation durch einen Saldoanspruch bei Periodenschluß ersetzt werden ⁴¹⁾. Wirtschaftlich gesehen liegt nur insoweit ein Kredit vor, als bei ständiger numerischer Verrechnung der in das Kontokorrent eingestellten Forderungen ein Passivsaldo zu Lasten des Gebietsansässigen besteht ⁴²⁾. Nicht vertretbar ist daher der Standpunkt der Bundesbank ⁴³⁾, daß während der Kontokorrent-Periode nur die einzelnen Passivposten des Gebietsansässigen Berücksichtigung finden. Das ist eine formalistische Betrachtungsweise, die auf der zivilrechtlichen

41) Vgl. die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten bei BAUMBACH-DUDEN, HGB, §§ 355 - 357.

42) Bei unzutreffender Begründung im Ergebnis ebenso V.METTENHEIM, a.a.O. (Fußnote 11), S. 782.

43) Vgl. die Mitteilung der Bundesbank Nr. 7020/72, a.a.O. (Fußnote 17) unter Nr. 3 und 4.

Konstruktion des Kontokorrents aufbaut, nach der während der Periode keine Verrechnung der Aktiv- und Passivposten erfolgt ⁴⁴⁾.

Dem allgemein vertretenen Standpunkt, daß einer Kontokorrentvereinbarung keine Kreditfunktion zukommt, falls die Parteien jederzeit, also auch vor Ablauf der Kontokorrent-Periode, den Ausgleich des Saldos verlangen können ⁴⁵⁾, kommt im Recht des Bardepots keine Bedeutung zu. Denn gem. § 6 a Abs. 1 Satz 2 AWG ist hier der wirtschaftliche Kreditbegriff maßgebend. Kredit im wirtschaftlichen Sinne liegt aber schon dann vor, wenn nur überhaupt Geldmittel in Anspruch genommen oder zur Verfügung gestellt werden - unabhängig davon, ob jederzeit Ausgleich des Debets verlangt werden kann. Durch die weite Fassung des Gesetzes soll gerade vermieden werden, daß die Bardepotpflicht durch Vertragskonstruktionen irgendwelcher Art umgangen werden kann ⁴⁶⁾. Das wäre aber möglich, wenn man eine Kontokorrentvereinbarung mit vorgenannter Maßgabe trifft.

Der üblicherweise ständig wechselnden Höhe des Saldos aus der Kontokorrentvereinbarung trägt das Bardepotrecht dadurch Rechnung, daß der monatliche Durchschnitt des zu Lasten eines Gebietsansässigen bestehenden Debets Grundlage für die Berechnung des bardepotpflichtigen Betrages ist (vgl. § 69 a Abs. 4 AWG). Daraus folgt, daß nicht jeder einzelne Zahlungsvorgang zugleich einen gesonderten Zahlungsvorgang zwischen Gebietsansässigem und Bundesbank auslöst. Es ist daher auch praktisch tragbar, den auf Grund einer Kontokorrentvereinbarung entstehenden Kredit der Bardepotpflicht zu unterwerfen.

44) Vgl. BAUMBACH-DUDEN, a.a.O.

45) Vgl. CANARIS, Funktionen und Rechtsnatur des Kontokorrents, in: Festschrift für Hermann Hämmerle, S. 55 ff. (67 ff.), mit weiteren Nachweisen.

46) Vgl. z.B. oben S.75 f.

III. Depotpflicht und erneute Kreditaufnahme

Da das Gesetz in § 6 a AWG nicht selbst die Depotpflicht anordnet, sondern die Bundesregierung ermächtigt, unter besonderen Voraussetzungen mittels Rechtsverordnung die Depotpflicht einzuführen, kann die Bestimmung keine Antwort auf die Frage geben, welche Verbindlichkeiten aus Kreditaufnahme bei Gebietsfremden der Depotpflicht nicht mehr oder bereits unterliegen. Durch § 6 a AWG kann der Bundesregierung aber doch nur soviel Spielraum eröffnet sein, wie es das Grundgesetz erlaubt. Das bedeutet in Bezug auf die Frage, welche Verbindlichkeiten nicht mehr oder bereits von der Depotpflicht erfaßt werden können, daß die Bundesregierung an die im Grundgesetz verankerten Prinzipien der Rückwirkung von Gesetzen bzw. Rechtsverordnungen gebunden ist. Welche Prinzipien das sind und ob sich die Bundesregierung diesen gemäß verhalten hat, soll an dieser Stelle noch nicht erörtert werden. Dagegen ist im Rahmen des Gegenstandes der Depotpflicht zu untersuchen, unter welchem Umständen eine zum Zeitpunkt der Aktualisierung der Depotpflicht bereits und noch bestehende Verbindlichkeit aus Kreditaufnahme, die die Bundesregierung als sog. Alt-Verbindlichkeit von der Depotpflicht ausgenommen hat, Gegenstand der Depotpflicht wird, weil der Rechtsgrund der ursprünglichen Kreditaufnahme eine derartige Änderung erfahren hat, daß eine Neu-Verbindlichkeit auf Grund erneuter Kreditaufnahme entsteht. Das Problem wird nur in Bezug auf Verbindlichkeiten akut, die zum Zeitpunkt der Aktualisierung der Depotpflicht bereits und noch bestehen und von der Depotpflicht ausgenommen sind, da für die Höhe des bei der Bundesbank gemäß § 69 b Abs. 2 AWV zu haltenden Betrages nur die Höhe der (Neu-) Verbindlichkeiten entscheidend ist, nicht aber, ob deren Identität zwischenzeitlich gewechselt hat, vgl. § 69 a Abs. 3 und 4 AWV.

1. Novation und Vertragsverlängerung

Auf Grund Vertrages kann ein ursprüngliches Schuldverhältnis aufgehoben und durch ein neues ersetzt werden, vgl. § 305 BGB. Das neue Schuldverhältnis ist mit dem alten nicht identisch, tritt vielmehr an dessen Stelle. Man bezeichnet diesen Vorgang als Schuldumschaffung oder Novation⁴⁷⁾. Wird die Verbindlichkeit aus der Kreditaufnahme auf Grund eines Rechtsgeschäfts nicht getilgt, sondern bleibt sie auf Grund einer weiteren Krediteinräumung bestehen, liegt darin eine mittels Novation erfolgte erneute Kreditaufnahme, die Depotpflicht nach sich zieht. Das ergibt sich unmittelbar aus § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG.

Die Parteien können aber auch vereinbaren, daß die Verbindlichkeit aus der Kreditaufnahme keinen neuen Rechtsgrund erhält, sondern deshalb bestehen bleibt, weil der Rechtsgrund abgeändert wird, vgl. § 305 BGB. In diesem Fall bleiben sowohl die Verbindlichkeit, als auch der Rechtsgrund identisch⁴⁸⁾. Wird der Rechtsgrund dahin geändert, daß die Fälligkeit der Verbindlichkeit herausgeschoben wird, liegt eine Vertragsverlängerung vor. Zivilrechtlich kann hierin eine erneute Kreditaufnahme nicht gesehen werden. Gemäß § 6 a Abs. 1 Satz 2 AWG gelten jedoch alle Rechtsgeschäfte als Kredit, die sich wirtschaftlich als Kreditaufnahme darstellen. Wirtschaftlich gesehen macht es aber keinen Unterschied, ob die Parteien der Verbindlichkeit einen anderen Rechtsgrund unterlegen oder nur denselben Rechtsgrund abändern. In beiden Fällen wird vertraglich vereinbart, daß der Kreditnehmer über die Valuta auf längere Dauer als ursprünglich beabsichtigt verfügen kann; in beiden Fällen stellt sich der Vorgang wirtschaftlich gesehen so dar, als habe der Kreditnehmer die ur-

47) PALANDT, BGB, § 305 Anm. 4).

48) PALANDT, BGB, § 305 Anm. 2).

sprüngliche Verbindlichkeit getilt und neuen Kredit erhalten ⁴⁹⁾.

Von großer Bedeutung für die Praxis ist die Frage, ob sich die jeweilige Inanspruchnahme von Krediten auf Grund langfristig eingeräumter sog. Kreditlinien unter den genannten Gesichtspunkten als depotrechtlich relevant darstellt.

2. Kreditaufnahme insbesondere

Durch Krediteröffnungsverträge wird dem Kreditnehmer das Recht eingeräumt, innerhalb eines bestimmten Zeitraums bis zu einer bestimmten Höhe Kredit aufzunehmen. Der Kreditnehmer ruft innerhalb dieses Rahmens - der sog. Kreditlinie - die von ihm jeweils benötigte Valuta ab ⁵⁰⁾. Die Vertragsinhalte im einzelnen sind entsprechend den unterschiedlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und Zielsetzungen vielgestaltig.

a) Rechtsnatur des Krediteröffnungsvertrages

Die zivilrechtliche Natur des Krediteröffnungsvertrages ist umstritten. Ein Teil der älteren Literatur erachtet den Krediteröffnungsvertrag als Vorvertrag im Sinne von § 610 BGB ⁵¹⁾. Dem ist die neuere Literatur mit überzeugenden Argumenten entgegengetreten.

Die Parteien wollen sich bereits durch den Krediteröffnungsvertrag endgültig verpflichten und berechtigen und betrachten den Abruf der jeweiligen

49) Ebenso die Bundesbank in Mitteilung Nr. 7008/72 a.a.O. (Fußnote 5), Abschnitt II. Nr. 3; OVG Rheinland-Pfalz BB 1972, S. 1293 ff. (1294).

50) STAUDER, Der bankgeschäftliche Krediteröffnungsvertrag, S. 35.

51) Vgl. RGRK, BGB, § 610 Anm. 1.; SOERGEL-SIEBERT, BGB, Vorbem. 21 vor § 607 BGB; v.STAUDINGER, BGB, Vorbem. 5 vor § 607 BGB.

Kredite als Erfüllung der Vertragsverpflichtung, nicht aber als Abschluß eines weiteren Vertrages, der seinerseits durch Valutierung erfüllt wird. Die Kreditgewährung soll sich als abstraktes Erfüllungsgeschäft eines schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrages darstellen ⁵²⁾.

Der Vorvertrag dagegen ist auf Abschluß des Hauptvertrages gerichtet, der seinerseits durch Valutierung erfüllt wird. Das Wesen eines Vorvertrages besteht also darin, daß er (nur) auf das Zustandekommen des Hauptvertrages gerichtet ist und daher mit dessen Abschluß seine Erledigung findet. Der Krediteröffnungsvertrag dagegen ist auch denkbar, ohne daß es überhaupt zu einer Kreditgewährung kommt, da dem Kreditnehmer lediglich das Recht eingeräumt ist, den Kredit abzurufen ⁵³⁾. Diese Tatsache wird in der Praxis zumeist dadurch unterstrichen, daß der Berechtigte das Recht als solches bereits mit einer Bereitstellungsprovision vergüten muß. Im übrigen ist der Vorvertrag nur auf die kurze Zeit bis zum Abschluß des Hauptvertrages angelegt, während der Krediteröffnungsvertrag ein Dauerschuldverhältnis ist ⁵⁴⁾.

Wenn die Parteien sich durch den Krediteröffnungsvertrag bereits endgültig berechtigen und verpflichten wollen mit der Folge, daß die Valutierung nurmehr die Erfüllung dieses Vertrages darstellt, so entfällt damit die Möglichkeit, in dem jeweiligen Abruf der Valuta die Annahme eines bindenden Vertragsangebotes im Sinne §§ 145 und 148 BGB zu

52) Vgl. CURDT, Krediteröffnungsvertrag und Geschäftsgrundlage, S. 22, 25 und 43; SCHOEN, Der Krediteröffnungsvertrag als schuldrechtliche Rahmenvereinbarung, S. 36 f.; STAUDER, a.a.O. (Fußnote 50), S. 73.

53) SCHOEN, Der Krediteröffnungsvertrag als schuldrechtliche Rahmenvereinbarung, S. 81

54) BGH NJW 1955, S. 1228 ff. (1229); SCHOEN, a.a.O.; STAUDER, Der bankgeschäftliche Krediteröffnungsvertrag, S. 65 und 84.

sehen 55).

b) Vertragliche Gestaltungen im einzelnen

aa) Grundform

In seiner einfachsten Form ist der Krediteröffnungsvertrag so ausgestaltet, daß der Kreditnehmer zu unveränderlichen Bedingungen den Kredit nach Belieben bis zur Höhe der Kreditlinie abrufen kann.

Zwischenzeitlich erfolgte Rückzahlungen eröffnen den Kredit nicht von neuem.

Hier führt jede weitere Inanspruchnahme des Kredits zur Erhöhung der Verbindlichkeit und damit ohne weiteres zur Erhöhung des bei der Bundesbank zu haltenden Betrages.

bb) Revolvierender Kredit

Nichts anderes gilt, wenn zwischenzeitlich erfolgte Rückzahlungen den Kredit in dieser Höhe wieder eröffnen. Man spricht dann von einem revolvierenden Kredit ⁵⁶⁾. Der revolvierende Kredit hat die Wirkung, daß bei zwischenzeitlichen Rückzahlungen und erneuter Inanspruchnahme der nominelle Höchstbetrag der Kreditlinie von der Summe der durch den Kreditgeber ausgezahlten Valuta überschritten werden kann. Dabei ist ohne Bedeutung, ob der aufgenommene Kredit in Höhe des zuvor getilgten Betrages sich als neue Verbindlichkeit oder als Erhöhung der ursprünglichen Verbindlichkeit darstellt, da beides gemäß § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG zur Depotpflicht führt.

Nicht dagegen könnte man argumentieren, daß die Verbindlichkeit aus der Wiederinanspruchnahme mit der aus der ursprünglichen Inanspruchnahme identisch

55) Vgl. SCHOEN, a.a.O., S. 88; STAUDER, a.a.O., S. 65

56) CURDT, a.a.O., S. 27; SCHOEN, a.a.O., S. 105; STAUDER, a.a.O. S. 165.

sei und damit der Depotpflicht nicht (mehr) unterliege, da gemäß § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG nur die Gesamtsumme der zur Auszahlung gelangten Valuta entscheidend ist, nicht dagegen, wie sich eine zwischenzeitliche Rückzahlung auf das Recht des Kreditnehmers auf Inanspruchnahme von Kredit der Höhe nach auswirkt.

cc) Revolvierender Kredit mit wechselnden Bedingungen ("roll-over-Kredit")

In der Praxis hat sich die Einräumung einer langfristigen Kreditlinie zu unveränderlichen Bedingungen für den Kreditgeber als untragbar erwiesen, da den starken Zinsschwankungen auf dem Kapitalmarkt nicht Rechnung getragen werden konnte. Der Kreditgeber sah sich nicht in der Lage, seine erhöhten Refinanzierungskosten auf den Kreditnehmer überzuwälzen. Dem wurde in der Zwischenzeit auf verschiedene Weise begegnet.

Während der Kreditgeber dem Kreditnehmer eine langfristige Kreditlinie einräumt (in der Regel fünf bis sieben Jahre), refinanziert sich der Kreditgeber kurzfristig bei Dritten durch Aufnahme sog. Monatsgelder (1-, 2-, 3-, 6- oder 12-Monatsgelder z.B.) zu wechselnden Bedingungen ⁵⁷⁾. Durch die wechselnde Art der Refinanzierung wurde der Ausdruck "roll-over-Kredit" geprägt ⁵⁸⁾. Der Kreditnehmer seinerseits muß sich an die jeweiligen Refinanzierungskosten anpassen ⁵⁹⁾.

Der Vertrag kann vorsehen, daß die Anpassung ohne weiteres Zutun der Vertragspartner erfolgt. Es kann aber auch vereinbart werden, daß der vom Kreditnehmer in Anspruch genommene Kredit nach Ab-

57) PELTZER, a.a.O. (Fußnote 23), S. 452. So im Prinzip schon bei dem sog. 7-M-System, vgl. SCHÖNLE, Bank- und Börsenrecht, § 25.

58) PELTZER, a.a.O.

59) So nicht bei dem 7-M-System, vgl. SCHÖNLE, a.a.O.

lauf einer bestimmten Periode, z.B. nach sechs Monaten, fällig wird, wenn der Kreditnehmer nicht (vorher) der Anpassung an die geänderten Refinanzierungskosten zustimmt - oder umgekehrt, daß der Kredit nach Ablauf der Periode ohne weiteres fällig wird, der Kreditnehmer aber das Recht hat, über den Kredit unter den geänderten Bedingungen weiterhin zu verfügen ⁶⁰⁾.

Das OVG Rheinland-Pfalz hatte sich im Zusammenhang mit dem Bardepot mit einem Vertrag der zuletzt genannten Art auseinanderzusetzen ⁶¹⁾. Das Gericht sieht in der Erklärung des Kreditnehmers, den fällig gewordenen Kredit für eine weitere Periode in Anspruch nehmen zu wollen, eine erneute Kreditaufnahme. Das folge aus der Tatsache, daß das Einzeldarlehen zur Rückzahlung fällig werde und damit dem Fall gleichzusetzen sei, daß das Einzeldarlehen tatsächlich getilgt werde und nach z.B. dreimonatiger Nichtinanspruchnahme erneut abgerufen werde. Man könne von einer Verlängerung des Kredits sprechen, welche der erneuten Kreditaufnahme gleichstehe. Die Erklärung des Kreditnehmers, über den Kredit weiterhin verfügen zu wollen, sei kein einseitiges Rechtsgeschäft, da die Bank ihren Willen zur jeweiligen Verlängerung des Kredits lediglich im vorhinein bereits in dem Kreditvertrag verbindlich erklärt habe.

Der Ansicht des OVG Rheinland-Pfalz kann nicht gefolgt werden.

Das Gericht geht zunächst von einer nicht zutreffenden zivilrechtlichen Einstufung des Krediteröffungsvertrages aus, wenn es den Abruf des Kredits als

60) Der Zinssatz ist in der Regel an die Londoner Interbankrate (IBOR, London Interbank Offered Rate) gekoppelt, vgl. INHÜLSEN, a.a.O. (Fußnote 5), S. 642 unter IV.9., Absatz 4.

61) OVG Rheinland-Pfalz BB 1972, S. 1293 ff.

zweiseitiges Rechtsgeschäft erachtet.

Der Krediteröffnungsvertrag ist die schuldrechtliche Rahmenverpflichtung. Der Vertrag wird erfüllt durch die Gewährung des Kredits, also durch tatsächliche Valutierung. Ein der Valutierung vorgelagerter weiterer Vertrag wird nicht geschlossen, so daß der Krediteröffnungsvertrag auch nicht ein bindendes Vertragsangebot beinhaltet, das der Kreditnehmer durch den Abruf des Kredits annimmt, wovon das Gericht aber auszugehen scheint ⁶²⁾. Der Abruf der einzelnen Kredite konkretisiert lediglich die Höhe und Zeit der Leistungsverpflichtung bzw. deren Aufrechterhaltung, wenn der Kredit bereits valutiert wurde ⁶³⁾.

Die Erklärung des Kreditnehmers ist demnach ein einseitiges Rechtsgeschäft und kann daher keine Verlängerung eines Vertrages im Sinne von § 305 BGB sein, da diese ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, nämlich einen Vertrag, erfordert. Es ist aber nur die Verlängerung in diesem Sinne einer erneuten Kreditaufnahme gleichzusetzen ⁶⁴⁾.

62) Auch v.METTENHEIM spricht in diesem Zusammenhang fälschlicherweise von "Option", vgl. v.METTENHEIM, Die Bardepotpflicht für roll-over-Kredite, in: BB 1972, S. 945 ff (948 unter IV.5.a). Optionsrecht ist aber das Recht, durch einseitige Erklärung einen Vertrag zustande zu bringen, vgl. PALANDT, BGB, Einf. v. 9 145, 4)c).

63) STAUDER sieht in dem Abruf ein die Kreditlinie ausfüllendes Gestaltungsrecht, vgl. STAUDER, Der bankgeschäftliche Krediteröffnungsvertrag, S. 73

64) Vgl. oben S. 84 f. HEINZE will dagegen auch bei einer zweiseitigen Neuvereinbarung über die Zinshöhe für die nächste Periode keine zur Depotpflicht führende Verlängerung des Kredits sehen, vgl. HEINZE, a.a.O. (Fußnote 3), S. 316 unter 5., Absatz 2. Diese Ansicht ist abzulehnen, da der Kreditnehmer über den Kredit unter keinen Umständen, also auch nicht zu den etwa gestiegenen Zinskosten, ohne Einigung mit dem Kreditgeber weiterhin verfügen kann. Es ist schon fraglich, ob

Darüber hinaus kann man die Erklärung des Kreditnehmers, über den Kredit weiterhin verfügen zu wollen, nicht dem Fall gleichsetzen, daß der Kredit getilgt wurde und nach z.B. drei Monaten erneut abgerufen wird. Wird der Kredit tatsächlich getilgt und wieder abgerufen, handelt es sich um eine neue Verbindlichkeit. Man könnte den erneuten Abruf auch als Erhöhung der alten Verbindlichkeit ansehen, wenn man das Wesen eines revolvingkredits darin erblickt, daß die nominelle Kreditlinie auf diese Art überschritten werden kann. Beides stellt jedenfalls eine erneute Kreditaufnahme dar ⁶⁵⁾.

Dagegen hat die Erklärung des Kreditnehmers, über den Kredit weiter verfügen zu wollen, weder Einfluß auf die Höhe, noch auf die Identität der Verbindlichkeit. Daran ändert die Tatsache, daß die Verbindlichkeit fällig wird, ebenso wenig wie die Tatsache, daß der Kreditnehmer jeweils ein neues Schuldanerkenntnis ausstellen muß. Das Schuldanerkenntnis dient der Refinanzierung des Kreditgebers und ist als abstrakt verpflichtendes Rechtsgeschäft von der Verbindlichkeit aus Kreditaufnahme losgelöst ⁶⁶⁾.

Diese Ansicht wird untermauert durch die wirtschaftliche Bedeutung der Aufteilung des langfristig eingeräumten Kredits in kurzfristige Perioden als Mittel der Anpassung an die Zinsschwankungen auf dem Kapitalmarkt. Auch wirtschaftlich gesehen soll also keine neue Verbindlichkeit entstehen oder eine be-

dann überhaupt ein Krediteröffnungsvertrag im Sinne eines "roll-over-Kredits" vorliegt, weil der Kreditgeber die Kreditlinie am Ende jeder Periode "abschneiden" könnte. Ebenso unzutreffend - zumindest unklar - v.METTENHEIM, a.a.O. (Fußnote 62), S. 948 unter IV.5.a).

65) Vgl. oben S. 87 f.

66) PALANDT, BGB, Einf. v. § 780.

stehende Verbindlichkeit erhöht werden. Der Kreditgeber erhält die Möglichkeit, gestiegene Refinanzierungskosten überzuwälzen. Der Kreditnehmer erhält die Möglichkeit, den Kredit zurückzuzahlen, wenn ihm die Zinslast infolge der Überwälzung zu groß wird; wird die Zinslast im Verlauf der Zeit günstiger, vermag der Kreditnehmer den Kredit erneut abzurufen, jetzt freilich mit der Folge erneuter Depotpflicht ⁶⁷⁾.

dd) Standpunkt der Bundesbank im übrigen

Einer besonderen Würdigung bedarf der Standpunkt der Bundesbank in Bezug auf die übrigen Fragen zum "roll-over-Kredit" ⁶⁸⁾.

Die Bundesbank ist der Ansicht, daß jede Änderung der Konditionen (Zinssatz, Währung), die während der Laufzeit eines Einzelkredits auf Veranlassung oder mit Zustimmung des Schuldners erfolgt, als Inanspruchnahme eines neuen Einzelkredits anzusehen ist. Dem kann nicht gefolgt werden.

Von der Identität einer Verbindlichkeit und/oder deren Höhe auf der einen Seite muß der Inhalt der Verbindlichkeit auf der anderen Seite unterschieden werden. Zinssatz und Währung haben auf Identität und Höhe keinerlei Einfluß, sodaß deren Änderung sich nicht als erneute Kreditaufnahme darstellt, gleich, ob der Schuldner oder Gläubiger ein Recht aus dem Krediteröffnungsvertrag wahrnimmt, oder ob die Änderung durch Vertrag im Sinne von § 305 BGB

67) INHÜLSEN, a.a.O. (Fußnote 5), S. 642 unter IV. 9., Absatz 4; HEINZE, a.a.O. (Fußnote 3), S. 316 unter 5., Absatz 4; v.METTENHEIM, a.a.O. (Fußnote 62), S. 948 unter IV.5.a) und PELTZER, a.a.O. (Fußnote 23), S. 453, rechte Spalte, gehen mit diesem Ergebnis überein. A.A. ist die Bundesbank in Mitteilung Nr. 7008/72, a.a.O. (Fußnote 5), Abschnitt II.Nr.3.

68) Vgl. die Mitteilung der Bundesbank Nr. 7008/72, a.a.O. (Fußnote 5), Abschnitt II.Nr. 3.

zustandekommt 69).

Die Bundesbank vertritt ferner den Standpunkt, daß dann eine die Depotpflicht begründende Verlängerung eines Kredits gegeben ist, wenn der Schuldner von einem ihm zu einem bestimmten Zeitpunkt oder für den Fall der Änderung der Konditionen eingeräumten Rückzahlungsrecht keinen Gebrauch macht. Dem kann ebenfalls nicht gefolgt werden.

Die Verlängerung ist begrifflich verbunden mit der Verschiebung der Fälligkeit der Verbindlichkeit auf ein ferneres Datum. Wird dem Schuldner das Recht eingeräumt, die Fälligkeit vor dem ursprünglich vereinbarten Datum herbeizuführen, so "verkürzt" er die Fälligkeit, wenn er das Recht ausübt. Übt er das Recht nicht aus, bleibt der ursprünglich vereinbarte Fälligkeitstermin unberührt. Aus dem Recht des Schuldners, das zugeflossene Kapital wieder abfließen zu lassen, folgt keine entsprechende Pflicht 70).

69) Ebenso FLACHMANN, Das Bardepot, S. 75; INHÜLSEN, a.a.O. (Fußnote 5), S. 642 unter IV.9., Absatz 4 und 5; v.METTENHEIM a.a.O. (Fußnote 62), S. 948 unter IV.5. a) und b); OVG Rheinland-Pfalz BB 1972, S. 1294; PELTZER, a.a.O. (Fußnote 23), S. 453 linke Spalte.

70) Ebenso INHÜLSEN, a.a.O. (Fußnote 5), S. 642 unter IV.9., Absatz 6; HEINZE, a.a.O. (Fußnote 3), S. 316 unter 5., Absatz 4; v.METTENHEIM a.a.O. (Fußnote 62), S. 949 unter IV.5.c); OVG Rheinland-Pfalz BB 1972, S. 1294.

§ 6) Ausnahmen von der Depotpflicht

I. Die Mindestreservepflicht der Kreditinstitute

Gemäß § 6 a Abs. 2 AWG unterliegen Verbindlichkeiten, für die Mindestreserven bei der Bundesbank unterhalten werden müssen, nicht der Depotpflicht.

1. Die Mindestreservepflicht

Das BBankG räumt der Bundesbank die Befugnis ein, "zu verlangen, daß die Kreditinstitute in Höhe eines Vom-Hundert-Satzes ihrer Verbindlichkeiten aus Sichteinlagen, befristeten Einlagen und Spareinlagen, sowie aus aufgenommenen kurz- und mittelfristigen Geldern mit Ausnahme der Verbindlichkeiten gegenüber anderen mindestreservepflichtigen Kreditinstituten Guthaben auf Girokonto bei ihr unterhalten", vgl. § 16 Abs. 1 Satz 1 BBankG.

Die Mindestreserve dient zunächst der Beeinflussung des Geldumlaufs und der Kreditgewährung und ist damit ein währungspolitisches Instrument.

Durch die Mindestreserve wird den Kreditinstituten Liquidität entzogen, so daß die Kreditschöpfungsmöglichkeit, die auf einem Vorrat an frei verfügbarem Notenbankgeld beruht, eingeschränkt wird ¹⁾.

1) V.SPINDLER-BECKER-STARKE, BBankG, 62.

Der Zusammenhang zwischen verfügbarem Notenbankgeld und Kreditschöpfungsmöglichkeit sei im Prinzip dargestellt: Beträgt die Einlage bei dem Kreditinstitut A DM 1.000,--, der Mindestreservesatz 10 %, so vermag das Kreditinstitut DM 900,-- Kredit einzuräumen. Beahlt der Kreditnehmer Waren durch Überweisung der DM 900,-- von seinem Konto bei dem Kreditinstitut A auf das Konto des Verkäufers bei dem Kreditinstitut B, so entsteht bei dem Kreditinstitut B eine Einlage über DM 900,--. Die Einlage unterliegt mit 10 % eben-

Darüberhinaus dient die Mindestreserve als Liquiditätsreserve der Kreditinstitute. Die Verfügungsbe-
fugnis der Kreditinstitute über das Guthaben aus
der Mindestreserve ist nicht beschränkt. Die Kredit-
institute genügen ihrer Pflicht, wenn das monatliche
Durchschnittsguthaben aus der Mindestreserve dem
zu haltenden Betrag entspricht, vgl. § 16 Abs. 2
BBankG., so daß die Kreditinstitute die Möglichkeit
haben, Untererfüllungen an bestimmten Tagen durch
Übererfüllungen auszugleichen. Das gesamte Noten-
bankguthaben steht jederzeit für Auszahlungszwecke
zur Verfügung, sofern nur innerhalb der Berechnungs-
periode für entsprechenden Ausgleich gesorgt wird ²⁾.

Der bei der Bundesbank zu haltende Betrag ist un-
verzinslich und darf von der Bundesbank nicht in
Umlauf gebracht werden, da sonst der Zweck der Min-
destreserve als währungspolitisches Steuerungsmittel
unterlaufen würde ³⁾.

2. Die Mindestreservepflicht im Verhältnis zur Depotpflicht

Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 BBankG kann die Bundes-
bank den Vom-Hundert-Satz aus Verbindlichkeiten
gegenüber Gebietsfremden (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 AWG)
bis zu hundert festsetzen. Die Bestimmung wurde
eingefügt durch AndG vom 22. Juli 1969 ⁴⁾.

falls der Mindestreservepflicht, so daß das Kre-
ditinstitut B seinerseits über DM 810.- Kredit
einräumen kann. Damit wurde insgesamt DM 900.-
und DM 810.- = DM 1710.-- Kredit eingeräumt ob-
wohl nur DM 1000.- Notenbankgeld zur Verfügung
stand; mithin ist Buchgeld in Höhe von DM 710.-
geschaffen worden. Mit der Höhe des Mindestre-
servesatzes ändert sich entsprechend die Kredit-
schöpfungsmöglichkeit. Vgl. dazu WOLL, Allgemei-
ne Volkswirtschaftslehre, S. 269.

- 2) v.SPINDLER-BECKER-STARKE, BBankG, § 16 Anm. 1.1.
- 3) v.SPINDLER-BECKER-STARKE, BBankG, § 62 und
§ 16 Anm. 2.
- 4) BGBI. I. S. 877.

Hatte der Gesetzgeber damit bereits die Möglichkeit geschaffen, Verbindlichkeiten aus Kreditaufnahme bei Gebietsfremden durch Kreditinstitute bis zur vollen Höhe zu neutralisieren, so konnte der Gesetzgeber die Kreditinstitute von der Depotpflicht ausnehmen. Darüberhinaus musste die Ausnahme statuiert werden, da die Kreditinstitute sonst doppelt belastet gewesen wären.

Die Kreditinstitute sind jedoch schon gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 BBankG nicht ausnahmslos mindestreservepflichtig. Die Bundesbank kann ferner bestimmte Verbindlichkeiten bei der Berechnung der Mindestreserve ausnehmen, vgl. § 16 Abs. 1 Satz 3 BBankG ⁵⁾. Soweit die Verbindlichkeiten danach nicht der Mindestreservepflicht unterliegen, werden sie konsequentermaßen von der Depotpflicht erfasst, vgl. den so zu verstehenden Wortlaut des § 6 a Abs. 2 AWG.

Die Bundesregierung hat jedoch von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, einen Teil dieser an sich depotpflichtigen Verbindlichkeiten ihrerseits von der Depotpflicht auszunehmen, vgl. § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG; § 69 b Abs. 1 Nr. 7 und 8 AWV ⁶⁾.

Im Gegensatz zum Guthaben aus der Mindestreserve ist das Guthaben aus dem Bardepot nicht abtretbar ⁷⁾. HEINZE sieht hierin einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz gemäß Art. 3 GG. Die Tatsache, daß die Mindestreserve nicht nur währungspolitisches Instru-

5) Die Ausnahmen sind aufgeführt in der "Anweisung der Deutschen Bundesbank über Mindestreserven (AMR)", Mitteilung Nr. 5008/68 vom 11.11.1968 (BAnz.Nr. 215 vom 15.11.1968), in der Fassung der Mitteilung Nr. 5011/72 vom 22.6.1972 (BAnz. Nr. 116 vom 27.6.1972).

6) § 69 b Abs. 1 Nr. 8 AWV wurde eingefügt durch die 24. ÄndVO vom 14. Dezember 1972 (BGBl. I S. 2373).

7) Vgl. Oben S. 95 und § 6 a Abs. 5 AWG.

ment ist, sondern auch der Liquiditätsreserve dient, rechtfertigte lediglich, die Mindestreserve auch ohne die Voraussetzung der Depotpflicht gelten zu lassen ⁸⁾. Dem ist nicht zu folgen.

Aus der Möglichkeit, über das Guthaben aus der Mindestreserve frei zu verfügen, ergibt sich nicht, daß sich die Kreditinstitute ihrer Pflicht entziehen können. Sie können dadurch allenfalls ihre Verpflichtung in der Art aufschieben, daß das geforderte Guthaben nicht konstant während des ganzen Monats, sondern z.B. auch in doppelter Höhe während des halben Monats gehalten wird, vgl. § 16 Abs. 2 BBankG. Letztere Möglichkeit ist dem Depotpflichtigen nicht eingeräumt, vgl. § 6 a Abs. 5 AWG; § 69 a Abs. 3 und 4 AWV.

Die Ungleichbehandlung rechtfertigt sich damit, daß es das Vertrauen des allgemeinen Publikums auf die jederzeitige Liquidität der Kreditinstitute zu schützen gilt. Der Schutz wird dadurch verstärkt, daß auch die "Einnahmen" der Kreditinstitute aus Kreditaufnahme bei Gebietsfremden zu einem Teil der Mindestreserve zugeführt wird. Die Kreditinstitute werden somit aus sachlichem Grund gegenüber anderen Schuldnern bei der Kreditaufnahme bei Gebietsfremden begünstigt. Ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot des Art. 3 GG ist nicht ersichtlich ⁹⁾.

II. Freistellung von Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit Waren- und Dienstleistungsgeschäften.

Gemäß § 6 a Abs. 3 Satz 1 AWG ist der Verordnungsge-

8) Vgl. HEINZE, Rechtsfragen der Bardepotpflicht, in: AWD 1972, S. 313 ff. (320 unter 10., Absatz 5).

9) HAASE, Das Bardepotgesetz, in: WiR 1972, S. 87 ff., (98), sieht hier ebenfalls keinen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot.

geber gehalten zu bestimmen "welche Arten von Verbindlichkeiten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der handelsüblichen Abwicklung von Waren- und Dienstleistungsgeschäften zwischen Gebietsansässigen und Gebietsfremden stehen, von der Depotpflicht ausgenommen werden".

Die Vorschrift stellt sicher, daß bestimmte Zahlungsansuchen von Im- und Exporteuren von der Depotpflicht unberührt bleiben. Die Bundesregierung als Verordnungsgeber (§ 27 Abs. 1 Satz 1 AWG) ist ihrer Pflicht durch § 69 b Abs. 1 Nr. 1 und 2 AWV nachgekommen.

Danach sind handelsübliche Zahlungsziele und an Warenlieferungen oder Dienstleistungen gebundene Kredite, deren Laufzeit dem handelsüblichen Zahlungsziel entspricht, sowie handelsübliche Vorauszahlungen von der Depotpflicht befreit. Die Bundesregierung hat im übrigen auf Grund § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG im Zusammenhang mit der Abwicklung von Importen durch die 29. ÄndVO vom 19. Dezember 1973 ¹⁰⁾ weitere Erleichterungen geschaffen, vgl. im einzelnen den Wortlaut von § 69 b Abs. 1 Satz 1 und 2 AWV.

Was als handelsüblich anzusehen ist, kann nur für den Einzelfall festgestellt werden, da die Handelsbräuche sehr verschiedenartig sind und sich mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten zu ändern vermögen ¹¹⁾. Geschäftsmodalitäten werden dann handelsüblich, wenn sie durchgehende Zustimmung und Rechtsüberzeugung aller Beteiligten finden und innerhalb eines gewissen Zeitraums tatsächlich gepflogen werden ¹²⁾. PELTZER weist in diesem Zusammenhang auf die Schwierigkeiten

10) BGBl. I S. 1951

11) Vgl. dazu BAUMBACH-DUDEN, HGB, § 46 Anm. 2).

12) Vgl. RGZ 110, S. 47 ff. (48); RGZ 135, S. 339 ff. (346) und BAUMBACH-DUDEN, a.a.O.

bei der Feststellung der verschiedenen Handelsbräuche hin ¹³⁾.

III. Freistellung sonstiger Verbindlichkeiten

Gemäß § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG können weitere Verbindlichkeiten von der Depotpflicht ausgenommen werden, soweit hierdurch eine Gefährdung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts nicht zu erwarten ist. Die Bundesregierung hat von der Ermächtigung durch einen Ausnahmekatalog in § 69 b Abs. 1 Nr. 3 ff. AWV Gebrauch gemacht.

In der Literatur wird der Standpunkt vertreten, daß der von der Bundesregierung geschaffene Ausnahmekatalog unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgebotes gemäß Art. 3 GG angreifbar ist, da andere Verbindlichkeiten das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht ebensowenig zu gefährden vermögen ¹⁴⁾. STARCK will im Einzelfall den Verordnungsgeber auf Grund Ermessensreduzierung auf Null verpflichtet sehen, den Ausnahmekatalog zu erweitern mit der Folge, daß der Heranziehungsbescheid der Bundesbank auf dem Rechtsweg beseitigt werden kann, weil der Verordnungsgeber seiner Pflicht nicht nachgekommen ist ¹⁵⁾.

Dem hat sich der VGH Baden-Württemberg angeschlossen, indem er ausführt, daß die Unterlassung des Verordnungsgebers, für eine bestimmte Gruppe von Kreditaufnahmen eine Ausnahme von der Depotpflicht vorzu-

13) PELTZER, Aktuelle Fragen zum Bardepot und zur devisenrechtlichen Genehmigungspflicht, in: BB 1973, S. 963 ff. (964).

14) Vgl. HEINZE, a.a.O. (Fußnote 8), S. 319 unter 9., Fußnote 44, wo auf PFEFFER, Zweifelsfragen zum Bardepot, in: ZKW 1972, S. 376 ff., verwiesen wird.

15) STARCK, Der Kreditbegriff und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Bardepotrecht, in: BB 1973, S. 1607 ff. (1609).

sehen, an Art 3 GG gemessen werden kann ¹⁶⁾.

Der VGH geht dabei schon von einem falsch verstandenen § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG aus. Richtig heißt es zunächst mit dem BVerfG ¹⁷⁾, das Gleichheitsgebot bedeute für den Ordnungsgeber, daß er im wohlverstandenen Sinne der ihm erteilten Ermächtigung zu handeln habe. Dieser Sinn ergebe sich vor allem aus dem Zweck der erteilten Ermächtigung. Zweck der Ermächtigung von § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG sei es, eine "Feinabgrenzung" des Grundtatbestandes von § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG dort zu ermöglichen, wo in der Randzone des Anwendungsbereichs der Wortlaut der Vorschrift in Sonderfällen weiter greife, als es das währungspolitische Ziel erfordere, oder wo besondere Härten entstünden. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes durch Unterlassen des Ordnungsgebers liege erst dann vor, wenn sich für die Depotpflichtigkeit bestimmter Gruppen von Kreditaufnahmen im Sinne von § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG schlechterdings kein sachlicher Grund finden lasse, die Freistellung von Depotmaßnahmen also wegen evidenter Zweckverfehlung zwingend geboten sei. Das sei der Fall, wenn durch eine Darlehensaufnahme Kapitalzufluß nicht bewirkt werde. Werde ein im Ausland aufgenommenes Darlehen dazu verwendet, eine früher im Ausland aufgelegte Anleihe vorzeitig abzulösen, werde ein Kapitalzufluß nicht bewirkt. Der Kreditnehmer habe jedoch die Möglichkeit die Anleihestücke erneut ins Ausland zu verkaufen, wenn ihre Laufzeit noch nicht abgelaufen ist und könne nun den Erlös ins Währungsgebiet der DM transferieren. Angesichts dieser oder ähnlicher Verschleierungsmöglichkeiten sehe sich der Senat an der Feststellung gehindert, daß die - für korrekt abgewickelte Fälle naheliegende -

16) VGH Baden-Württemberg (im folgenden: VGH)
DVBl 1974, S. 201 ff. (202 a.E.).

17) Vgl. BVerfG E 13, S. 248 ff (255).

Freistellung von Krediten, die zur Umschuldung von Auslandskrediten bestimmt sind, zwingend geboten ist. (Ende des Zitats).

Der VGH erkennt, daß unerheblich ist, wo die aufgenommene Darlehensvaluta Verwendung findet, und daß die Depotpflicht damit auch den Abfluß von Kapital bewirken will ¹⁸⁾. Der VGH sagt an anderer Stelle selbst, daß § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG die Verbindlichkeiten nicht nach ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung und dieser e n t s p r e c h e n d e n Verwendung durch den Kreditnehmer erfaßt, sobald die Depotpflicht durch den Ordnungsgeber aktualisiert ist, da die allgemeine währungs- und konjunkturpolitische Zielsetzung der Depotmaßnahmen kein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes ist, an den die aktualisierte Depotpflicht konkret gebunden ist ¹⁹⁾.

Nicht vertretbar ist ferner die Ansicht des VGH, daß im Rahmen des § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG die Möglichkeit, die Depotpflicht zu umgehen, ein sachlicher Grund ist, um eine bestimmte Gruppe von Kreditaufnahmen nicht von der Depotpflicht auszunehmen. Der Gesichtspunkt der Umgehungsgefahr muß hier außer Betracht bleiben, da Umgehungsgefahr bei jeder Art von Kreditaufnahme gegeben ist und damit eine Ausnahme von der Depotpflicht in keinem Fall berechtigt wäre. § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG will vielmehr verhindern, daß Verbindlichkeiten der Depotpflicht unterliegen, obwohl sie das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht ihrer Art nach nicht zu gefährden vermögen oder diesem sogar förderlich sind. Wenn eine solche Gefährdung aber nicht zu gewärtigen ist, so ist unerheblich, ob die konkrete Art der Kreditaufnahme gewählt worden ist, um der Depotpflicht zu entgehen.

18) Vgl. oben S. 63 ff. und 71 ff.

19) Vgl. VGH Baden-Württemberg, a.a.O., S. 201.

Entgegen der Ansicht des VGH dient § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG auch nicht dem Zweck, besondere Härtefälle zu vermeiden. Die Ermächtigung, bestimmte Kredite vor der Depotpflicht anzunehmen ist daran gebunden, daß eine Gefährdung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts durch die Freistellung nicht zu erwarten ist, vgl. den Wortlaut der Bestimmung. Ist eine Gefährdung zu erwarten, kann die Freistellung also auch dann nicht vorgenommen werden, wenn sich die Depotpflicht in concreto als besonderer Härtefall erweist. Ist eine Gefährdung dagegen nicht zu erwarten ist der Verordnungsgeber ohne weiteres verpflichtet, die Freistellung anzuordnen.

§ 2 Abs. 2 und 3 AWG als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gemäß Art. 2 Abs. 1 GG findet auch in Bezug auf die Depotpflicht Anwendung. Dies folgt unmittelbar aus § 2 Abs. 4 AWG, wonach § 2 Abs. 2 und 3 AWG auf selbständige Handlungspflichtigen entsprechende Anwendung findet ²⁰⁾.

Gemäß § 2 Abs. 2 AWG sind Beschränkungen auf das Maß zu begrenzen, das notwendig ist, um den in der Ermächtigung angegebenen Zweck zu erreichen. Zweck der Ermächtigung zur Einführung der Depotpflicht ist, eine Gefährdung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts durch Kapitalzuflüsse bzw. Nichtabflüsse zu verhindern. Wenn eine Gefährdung durch bestimmte Gruppen von Kreditaufnahmen nicht gegeben ist oder nicht zu erwarten ist, besteht demnach die Pflicht, die Verbindlichkeiten insoweit von der Depotpflicht freizustellen: § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG ist auf Grund verfassungskonformer Auslegung als "Muß"-Vorschrift zu lesen.

20) § 2 Abs. 4 AWG wurde eingefügt durch das Bardepotgesetz vom 23. Dezember 1971, BGBl. I S. 2141.

Die entscheidende Frage in diesem Zusammenhang ist, ob die Gerichte darüber befinden können sollen, welche Gruppen von Kreditaufnahmen das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht nicht gefährden. Oben wurde bereits der Frage nachgegangen, ob gerichtlich nachprüfbar ist, unter welchen Umständen die Wirksamkeit der Währungs- und Konjunkturpolitik durch Geld- und Kapitalzuflüsse derart beeinträchtigt ist, daß das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht gefährdet ist. Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich dabei um unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Regierung und Verwaltung einen Beurteilungsspielraum einräumen, so daß gerichtlich nicht überprüfbar ist, ob die Voraussetzungen für die Aktualisierung der Depotpflicht gegeben sind ²¹⁾.

Die Frage, ob das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht gefährdet ist, hängt unmittelbar mit der Frage zusammen, wodurch das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht gefährdet wird. Die verschiedenen Arten von Kreditaufnahmen haben verschiedensten Einfluß auf das Preisniveau, den Beschäftigungsgrad, das außenwirtschaftliche Gleichgewicht sowie das wirtschaftliche Wachstum, also auf die Faktoren, die das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht im Sinne von § 1 StabG bestimmen. Eine bestimmte Art der Kreditaufnahme mag so häufig getätigt werden, daß diese allein das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht stark beeinflußt. Weniger häufig getätigte Arten der Kreditaufnahme können zwar isoliert gesehen von weniger großem Einfluß sein, zusammen gesehen aber doch wiederum gefährdende Wirkung zeigen. Oder eine gewisse Art von Kreditaufnahmen mag an sich dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht sogar dienlich sein, jedoch bei zu häufiger Verwendung gegen-

21) Vgl. die Ausführungen oben S. 45 ff. mit Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur.

teilige Wirkung entfalten. Unter welchen konkreten Umständen die Kreditaufnahmen ihrer Art nach und ihrer tatsächlichen Verwendung nach gefährdend, neutral oder dienlich sind, vermag nicht kategorisch beantwortet zu werden. Dies gilt erst recht, wenn für den Fall nicht kategorisch gesagt werden kann, was unter Stabilität des Preisniveaus, hohem Beschäftigungsstand, außenwirtschaftlichem Gleichgewicht und angemessenen Wirtschaftswachstum zu verstehen ist, daß alle Ziele zur gleichen Zeit verwirklicht werden sollen, vgl. § 1 StabG.

Es fehlt also bereits an einem festen Bezugspunkt für die Entscheidung der Frage, ob bestimmte Maßnahmen gefährdende Wirkung haben. Daraus folgt, daß der konkrete Einzelfall verschieden eingeschätzt werden kann und also auch verschiedene Ansichten vertretbar sind. Es handelt sich hier um typische Fragen der Wirtschaftspolitik in dem Sinne, daß es der Erkenntnisfähigkeit der Politiker überlassen bleiben muß, zu entscheiden, welcher Weg der wirtschaftspolitisch richtige Weg ist. Für eine gerichtliche Überprüfung bleibt kein Raum, da der Bundesregierung von der Natur der Sache her ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist ²²⁾.

Die Pflicht der Bundesregierung auf Grund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Gleichheitsgebotes, bestimmte Gruppen von Kreditaufnahmen von der Depotpflicht auszunehmen, reduziert sich damit auf die Pflicht, die Ausnahmen vorzusehen, wenn nach ihrer Erkenntnis eine Gefährdung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts nicht zu erwarten ist.

22) Vgl. Fußnote 21.

IV. Der Freibetrag

Der bei der Bundesbank zu haltende Vom-Hundert-Satz der Verbindlichkeiten aus der Kreditaufnahme bei Gebietsfremden ermäßigt sich gemäß § 69 a Abs. 4 Satz 3 AWV um den jeweils geltenden Freibetrag.

1. Mittelbare Kreditaufnahme im Rahmen des Freibetrages

Der Freibetrag kann von jedem Schuldner einer Verbindlichkeit in Anspruch genommen werden. Das gilt auch für die einzelnen Mitglieder eines Konzerns, da die Konzernbildung den Status der Mitglieder als selbständige juristische Personen nicht berührt ²³⁾.

Fraglich ist, ob etwas anderes gilt, wenn ein Konzernmitglied nur deswegen Kredit in der Höhe des Freibetrages aufnimmt und die Valuta einem anderen Konzernmitglied zur Verfügung stellt, weil das andere Konzernmitglied den ihm zustehenden Freibetrag bereits erschöpft hat.

Der VGH Baden-Württemberg ist der Ansicht, daß unter diesen Umständen eine mittelbare Kreditaufnahme im Sinne von § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG vorliegt mit der Folge, daß der Kredit demjenigen Konzernmitglied zuzurechnen ist, dem die Valuta letztlich zugeflossen ist, sodaß der Freibetrag nicht noch einmal in Anspruch genommen werden kann ²⁴⁾.

Ob unter den genannten Voraussetzungen eine mittel-

23) Vgl. INHÜLSEN, Das Bardepotrecht, in: BB 1972, S. 638 ff. (641 unter IV. 3.); HEINZE, a.a.O. (Fußnote 8), S. 317 unter 7.; VGH Baden-Württemberg BB 1974, S. 198.

24) VGH Baden-Württemberg BB 1974, S. 198; ebenso HEINZE, a.a.O. (Fußnote 8), S. 317 unter 7.

bare Kreditaufnahme im Sinne von § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG vorliegt, muß unabhängig von der Frage betrachtet werden, ob durch die Außenwirtschaftsverordnung ein Freibetrag gewährt wird oder nicht, da der Inhalt einer Ermächtigungsgrundlage nicht nach dem Inhalt der Verordnung bestimmt werden kann. Aus § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG selbst müßte sich ergeben, daß die Verbindlichkeit aus einer Kreditaufnahme demjenigen zugerechnet wird, welchem auf Grund eines bestimmten Innenverhältnisses die Valuta zur Verfügung gestellt wird, während das Außenverhältnis außer Betracht bleibt. Das ist aber nicht der Fall.

§ 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG ist dahin zu verstehen, daß das Darlehen oder der Kredit unmittelbar oder mittelbar gerade bei einem Gebietsfremden aufgenommen worden sein muß. Mittelbare Kreditaufnahme liegt dann vor, wenn zwischen zwei Gebietsansässigen eine Forderung zum Zweck der Abtretung an einen Gebietsfremden begründet wird, so daß sich für den Schuldner der Verbindlichkeit die Kreditaufnahme wirtschaftlich gesehen als eine solche gerade bei einem Gebietsfremden darstellt ²⁵⁾. Mittelbare Kreditaufnahme im Sinne von § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG liegt dagegen nicht vor, wenn die Kreditaufnahme im Wege der mittelbaren Stellvertretung, also durch Handeln im eigenen Namen auf fremde Rechnung, erfolgt. Entscheidend für die Depotpflicht ist nur das Außenverhältnis - welche Verwendung die Valuta im Innenverhältnis findet, ist unerheblich ²⁶⁾.

Für die Auslegung des Gesetzes mag bereits dessen Wortlaut einen Anhaltspunkt geben. Im übrigen ist zu bedenken, daß andernfalls in Bezug auf dieselbe Verbindlichkeit sowohl eine unmittelbare als auch eine mittelbare Kreditaufnahme vorläge. Für dieselbe

25) Vgl. oben S. 69 ff.

26) Vgl. oben S. 64.

Verbindlichkeit kann aber nur in einer Person Depotpflicht bestehen. Der mittelbare Kreditnehmer hat keinerlei Verbindlichkeit gegenüber einem Gebietsfremden. Zahlt der mittelbare Kreditnehmer die Valuta an den unmittelbaren Kreditnehmer zurück, bleibt die Verbindlichkeit des unmittelbaren Kreditnehmers davon unberührt. Würde also nur auf das Innenverhältnis abgestellt, würde daher die Depotpflicht entfallen, obwohl sich die Valuta noch im Wirtschaftsgebiet befindet. Umgekehrt würde die Depotpflicht in der Person des mittelbaren Kreditnehmers bestehen bleiben, obwohl der unmittelbare Kreditnehmer die Verbindlichkeit gegenüber dem Gebietsfremden bereits getilgt hat und damit die Valuta wieder abgeflossen ist. Es ist mithin davon auszugehen, daß § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG nur auf das Außenverhältnis abstellt. Die Ermächtigungsgrundlage würde überschritten, wenn die Rechtsverordnung auch oder nur auf das Innenverhältnis abstellen würde.

Nach der hier vertretenen Ansicht können damit Konzerne der Depotpflicht entgehen, indem ein Konzernmitglied im Rahmen des Freibetrages Kredit aufnimmt und die Valuta an ein anderes Konzernmitglied, welches seinen Freibetrag bereits erschöpft hat, weiterleitet. Diese Ansicht führt nicht zu faktisch unhaltbaren Konsequenzen. Zum einen ist festzuhalten, daß das als unmittelbarer Kreditnehmer auftretende Konzernmitglied seinerseits seinen Freibetrag erschöpft hat und für weitere Verbindlichkeiten depotpflichtig wird. Ob und in welcher Höhe die Konzerne durch Erschöpfung der Freibeträge auf legalem Wege die Depotpflicht "umgehen", ist zum anderen eine Frage der Höhe des Freibetrages. Diesen hatte die Bundesregierung mit Inkrafttreten der Rechtsverordnung über das Bardepot vom 1. März 1972 auf zwei Millionen angesetzt. Ab Juli 1972 betrug der Frei-

betrag nurmehr DM 500.000.-, ab Januar 1973 sogar nur noch DM 50.000.--. Erst im Januar 1974 wurde der Freibetrag wieder auf DM 100.000.- erhöht. Je niedriger der Freibetrag ist, um so weniger wird der im Wege der mittelbaren Stellvertretung aufgenommene Kredit problematisch. Außerdem kann die Herabsetzung des Freibetrages durch die Herabsetzung des Depotsatzes kompensiert werden.

2. Freibetrag bei Kreditaufnahme durch Zweigniederlassungen und Betriebsstätten

Zweigniederlassungen und Betriebsstätten gelten unter bestimmten Voraussetzungen als Gebietsansässige bzw. Gebietsfremde, vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AWG.

a) Kreditaufnahme bei Dritten

Nehmen mehrere gebietsansässige Zweigniederlassungen oder Betriebsstätten eines gebietsansässigen Unternehmens bei einem Gebietsfremden Kredit auf, so entsteht eine einzige Verbindlichkeit in der Hand einer einzigen Rechtspersönlichkeit, so daß die Teile des Unternehmens den Freibetrag nur einmal in Anspruch nehmen können ²⁷⁾.

Nehmen gebietsansässige Zweigniederlassungen und Betriebsstätten eines gebietsfremden Unternehmens bei einem (dritten) Gebietsfremden Kredit auf, so entsteht ebenfalls nur eine einzige Verbindlichkeit in der Hand einer einzigen Rechtspersönlichkeit, so daß die Zweigniederlassungen und Betriebsstätten den Freibetrag nur einmal in Anspruch nehmen können ²⁸⁾.

27) Ebenso HEINZE, a.a.O. (Fußnote 8), S. 318 unter 7.

28) Ebenso die Bundesbank in Mitteilung Nr. 7020/72 (Banz. Nr. 221 vom 25.11.1972), unter Nr. 10.

b) Kreditaufnahme_innenhalb_derselben_Rechts-
persönlichkeit

Nehmen dagegen die gebietsansässigen Zweigniederlassungen und Betriebsstätten eines gebietsfremden Unternehmens bei diesem gebietsfremden Unternehmen selbst Kredit auf, so entstehen mehrere Verbindlichkeiten, so daß jede Zweigniederlassung und Betriebsstätte den Freibetrag gesondert in Anspruch nehmen kann ²⁹⁾.

Das ergibt sich aus § 6 a Abs. 1 Satz 4 AWG, wonach Zweigniederlassungen und Betriebsstätten gebietsfremder Unternehmen im Wirtschaftsgebiet im Verhältnis zum Unternehmen und zu anderen Zweigniederlassungen und Betriebsstätten des Unternehmens im Rahmen der Depotpflicht als rechtlich selbständig behandelt werden. Wenn unter diesen Umständen aber das Entstehen mehrerer Verbindlichkeiten fingiert wird, muß für jede dieser Verbindlichkeiten auch der Freibetrag in voller Höhe gewährt werden ³⁰⁾.

Gewährt eine gebietsfremde Zweigniederlassung oder Betriebsstätte ihrem gebietsansässigen Unternehmen Kredit, so entsteht schon gar keine Verbindlichkeit, auf die ein Freibetrag anzurechnen wäre, da innerhalb derselben Rechtspersönlichkeit eine Verbindlichkeit nicht entstehen kann. Die Fiktion der rechtlichen Selbständigkeit der Unternehmensteile ist auf diese Fallgestaltung nicht ausgedehnt worden, vgl. § 6 a Abs. 1 Satz 4 AWG.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die Kreditaus-

29) Ebenso HEINZE, a.a.O. (Fußnote 8), S. 318 unter 7. A.A. die Bundesbank in Mitteilung Nr. 7020/72, a.a.O. (Fußnote 28), unter Nr. 10.

30) Vgl. oben S. 60 f.

stattung innerhalb eines Unternehmens weniger bzw. überhaupt nicht beschränkt ist im Verhältnis zur Kreditausstattung durch außerhalb des Unternehmens stehende andere Rechtspersönlichkeiten. Diese Regelung ist sachlich vertretbar, so daß insoweit nicht mit HEINZE gesagt werden kann, durch die Ungleichbehandlung sei die Bedenklichkeit eines Freibetrages illustriert, der nicht nach Art und Umfang der Geschäfte eines Kreditnehmers differenziert ist ³¹⁾.

3. Der Exporteurfreibetrag

Gemäß § 69 b Abs. 3 Satz 1 AWV ermäßigen sich die depotpflichtigen Verbindlichkeiten um zwanzig vom Hundert der Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen, die ein Gebietsansässiger an Gebietsfremde erbracht hat ³²⁾. Dabei ist unerheblich, ob die Forderungen aus dem Export in inländischer oder ausländischer Währung fakturiert sind. Zwanzig vom Hundert als Zahl entspricht dem etwaigen Anteil der Fremdwährungsforderungen an der Gesamtheit der Exportforderungen. § 69 b Abs. 3 AWV stellt sich daher als Mittel der Kurssicherung dar, da die Exporteure das Kursrisiko von Fremdwährungsforderungen durch die Abzugsmöglichkeit mildern können ³³⁾.

V. Die Härteklausel

1. Freistellung von der Depotpflicht im Einzelfall

§ 69 b Abs. 4 AWV bestimmt in seiner ersten Alternative, daß die Bundesbank im Einzelfall ganz oder

31) HEINZE, a.a.O. (Fußnote 8), S. 318 unter 7.

32) Wegen der Einschränkungen des Exporteurfreibetrages vgl. § 69 b Abs. 2 Satz 2 und 3 AWV.

33) Vgl. FLACHMANN, Bardepot S. 76; PELTZER, Aktuelle Fragen zum Bardepot und zur devisenrechtlichen Genehmigungspflicht, in BB 1973, S. 963 ff. (965).

teilweise von der Depotpflicht freistellen kann, wenn die Erfüllung der Depotpflicht eine unbillige Härte wäre ³⁴⁾.

Ermächtigungsgrundlage für die Freistellung von der Depotpflicht könnte nur § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG sein. Die Freistellungsmöglichkeit ist jedoch nur auf Verbindlichkeiten ihrer Art nach, nicht aber auf Verbindlichkeiten im Einzelfall bezogen.

Das ergibt sich zunächst aus dem Zusammenhang mit § 6 a Abs. 3 Satz 1 AWV. Danach ist der Verordnungsgeber gehalten, bestimmte Arten von Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit Im- und Exporten von der Depotpflicht auszunehmen. An diese Bestimmung knüpft Satz 2 derart an, daß weitere Verbindlichkeiten von der Depotpflicht ausgenommen werden können. "Weitere" Verbindlichkeiten in diesem Sinne sind "weitere bestimmte Arten" von Verbindlichkeiten, und zwar solche, die ihrer Art nach nicht geeignet sind, das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht zu gefährden. Diese Arten von Verbindlichkeiten von der Depotpflicht auszunehmen ist der Verordnungsgeber auf Grund Art. 2 Abs. 1 GG verpflichtet ³⁵⁾. § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG stellt auf die Verbindlichkeiten als solche ab, nicht auf die Träger der einzelnen Verbindlichkeiten.

Überdies kann eine Freistellung von der Depotpflicht nur durch Rechtsverordnung erfolgen, vgl. § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG. Die Rechtsverordnungen nach dem AWG werden von der Bundesregierung erlassen, vgl. § 27 Abs. 1 Satz 1 AWG. Durch Rechtsverordnungen können nur abstrakt-generelle Regelungen getroffen werden. Regelungen im Einzelfall sind Gegenstand

34) § 69 b Abs. 4 wurde eingeführt durch die 29. AndVO vom 19. Dezember 1973 (BGBl. I S. 1951),

35) Vgl. oben S. 102 ff.

von Verwaltungsakten. Die Ermächtigung zum Erlaß einer Rechtsverordnung schließt zwar die Ermächtigung ein, Befugnisnormen für Einzelanordnungen in die Rechtsverordnung aufzunehmen ³⁶⁾. Zum Befugnisträger kann aber der Ordnungsgeber nur sich selbst bestimmen. Die Bundesregierung hätte also auf Grund § 27 Abs. 1 Satz 1 AWG nur sich selbst ermächtigen können, im Einzelfall von der Depotpflicht freizustellen. Im übrigen hätte es gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG einer gesetzlichen Grundlage bedurft, um die Kompetenz der Bundesregierung zu subdelegieren ³⁷⁾: entweder in der Art, daß das Gesetz die Bundesregierung ermächtigt, der Bundesbank das Verordnungsrecht überhaupt einzuräumen, so daß die Bundesbank auch ermächtigt ist, sich selbst zum Befugnisträger zur Regelung für den Einzelfall zu bestimmen - oder in der Art, daß das Gesetz die Bundesregierung ermächtigt, der Bundesbank lediglich das Recht zur Regelung im Einzelfall einzuräumen.

Eine solche gesetzliche Grundlage enthält das AWG nicht. § 27 Abs. 1 Satz 4 AWG ermächtigt die Bundesregierung, die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen über die Höhe des Depotsatzes gemäß § 6 a Abs. 4 Satz 1 AWG auf die Bundesbank zu übertragen. § 28 a AWG gibt der Bundesbank das Recht und die Pflicht, den Heranziehungsbescheid zu erlassen, dessen materielle Grundlage das AWG und die von der Bundesregierung erlassene AWV darstellt. Die Bundesbank erlässt insoweit einen Verwaltungsakt deklaratorischer Art ³⁸⁾.

36) KÄÄB-RÖSCH, LStVG, Einf. Rdn. 113.

37) MANG-MAUNZ-MAYER-OBERMAYER, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 175, unter Hinweis auf BVerwG DÖV 1962, S. 340 ff. mit Anmerkung von SPANNER (S. 342 f.)

38) Vgl. oben S. 15.

Wenn aber das AWG keine Möglichkeit eröffnet, der Bundesbank das Recht zur Freistellung im Einzelfall zu übertragen, dieses Recht vielmehr nur von der Bundesregierung wahrgenommen werden könnte, was jedoch praktisch undurchführbar wäre, so ist daraus zu schließen, daß § 6 a Abs. 3 Satz 2 AWG selbst schon gar nicht die Möglichkeit eröffnet, Verbindlichkeiten im Einzelfall von der Depotpflicht auszunehmen.

Das AWG enthält keine Grundlage, der Bundesbank das Recht zur Freistellung im Einzelfall zu übertragen. § 69 b Abs. 4 AWV verstößt daher in seiner ersten Alternative gegen das AWG.

2. Einstellung der Vollstreckung aus dem Heranziehungsbescheid

§ 69 b Abs. 4 AWV bestimmt in seiner zweiten Alternative, daß die Bundesbank im Einzelfall anordnen kann, daß die Vollstreckung aus dem Heranziehungsbescheid (§ 28 a Abs. 1 AWG) ganz oder teilweise eingestellt werden kann, wenn die Erfüllung der Depotpflicht eine unbillige Härte wäre.

Das AWG enthält keine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einer Rechtsverordnung, die die Vollstreckung betrifft. § 69 b Abs. 4, 2 Alt. AWV ist daher nur dann nicht verfassungswidrig, wenn die Bestimmung deklaratorisch auf eine bereits getroffene vollstreckungsrechtliche Regelung verweist. Es müßte sich bereits aus einer anderen Bestimmung ergeben, daß die Bundesbank im Falle unbilliger Härte die Einstellung der Vollstreckung anordnen kann.

Die Bundesbank erläßt gemäß § 28 a Abs. 1 Satz 1 AWG den Heranziehungsbescheid. Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 AWG findet das Verwaltungsvollstreckungsge-

setz (VwVG) Anwendung ³⁹⁾. Die Vollstreckung wird gemäß § 3 Abs. 1 und 4 VwVG durch Vollstreckungsanordnung eingeleitet, die von der Behörde erlassen wird, die den Anspruch geltend machen darf, also im Falle des Bardepots von der Bundesbank gemäß § 28 a Abs. 1 Satz 1 AWG. Die Vollstreckungsanordnung enthält den formellen Auftrag an die Vollstreckungsbehörde, die Vollstreckung vorzunehmen ⁴⁰⁾. Im übrigen obliegt das Vollstreckungsverfahren den Vollstreckungsbehörden. Das sind gemäß § 4 b VwVG die Hauptzollämter oder gemäß § 5 Abs. 2 VwVG die Vollstreckungsorgane der Länder im Falle der Amtshilfe ⁴¹⁾.

Aus dem Recht der Bundesbank, die Vollstreckungsanordnung zu erlassen, folgt das Recht, aus Billigkeitsgründen von der Vollstreckung ganz oder teilweise abzusehen bzw. die Einstellung ganz oder teilweise anzuordnen ⁴²⁾. Wie die Vollstreckungsanordnung ist die Anordnung der Einstellung als actus cotrarius kein Verwaltungsakt gegenüber dem Depotpflichtigen, da auch diese gegenüber der Vollstreckungsbehörde ergeht und die Depotpflicht als solche unberührt lässt ⁴³⁾. Die Entscheidung darüber steht im gerichtlich nicht nachprüfbaren Ermessen der Bundesbank ⁴⁴⁾.

39) Vgl. oben S. 17.

40) ENGELHARDT, Verwaltungs- Vollstreckungsgesetz, § 3 Rdn. 10.

41) Vgl. oben S. 18.

42) ENGELHARDT, a.a.O., § 3 Rdn. 11; für die Parallele in Bayern gemäß Art. 22 Nr. 4 bay VwZVG vgl. SCHMITT-LERMANN, Bayerisches Verwaltungs- und Zustellungsgesetz, S. 96.

43) ENGELHARDT, a.a.O.

44) ENGELHARDT, a.a.O.

§ 7) Inhalt_der_Depotpflicht

I. Stillelegung während eines bestimmten Zeitraums

Gemäß § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG ist der Depotbetrag während eines bestimmten Zeitraums bei der Bundesbank in Deutscher Mark zu halten.

Die Bundesregierung hat das Bardepotgesetz derart ausgestaltet, daß der Depotbetrag so lange zu halten ist, wie die Verbindlichkeit besteht. Dabei wird jedoch aus verwaltungstechnischen Gründen zwischen Bezugsmonat und Depotmonat unterschieden (§ 69 a Abs. 3 AWV):

Der Depotbetrag ist für die Dauer des übernächsten auf den jeweiligen Bezugsmonat folgenden Kalendermonats (Depotmonats) bei der Bundesbank zu halten. Bezugsmonat ist jeweils der Kalendermonat, in dem die Verbindlichkeiten bestehen. Es tritt also eine zeitliche Verschiebung zwischen dem Bestehen der Verbindlichkeit und dem Bestehen der entsprechenden Depotpflicht ein.

Dem Depotpflichtigen ist jedoch das Recht eingeräumt, den Depotbetrag synchron mit dem Bestehen der Verbindlichkeit bei der Bundesbank zu halten, vgl. § 69 a Abs. 3 Satz 3 AWV, das heißt es besteht ein Vorhalterecht.

II. Nachhaltepflicht

Wird der Depotbetrag nicht rechtzeitig oder während des Depotmonats nicht in voller Höhe gehalten, so bleibt die Depotpflicht so lange bestehen, bis der Depotbetrag oder der fehlende Teil des Betrages für die Dauer eines dem Depotmonat entsprechenden Zeitraums gehalten worden ist, vgl. § 69 a Abs. 4 AWV. Es besteht damit eine Nachhaltepflicht.

Dem Wortlaut der Bestimmung ist nicht eindeutig zu entnehmen, ob ein Kreditnehmer, der über mehrere Monate seiner Depotpflicht nicht nachgekommen ist, der Nachhaltepflicht nur dann genügt, wenn er die Beträge kumulativ in einem Monat nachhält, oder ob genügt, daß die Beträge entsprechend der zeitlichen Reihenfolge der Verbindlichkeiten phasenverschoben nachgehalten werden. Aus wirtschaftspolitischer Sicht mag eine kumulative Nachhaltepflicht erforderlich sein, da die Depotmaßnahmen der wirtschaftlichen Situation entsprechend möglichst gleichzeitig zu treffen sind. Ferner sollten aus Gründen der Wettbewerbsverzerrung alle Kreditnehmer möglichst gleichzeitig der Depotpflicht unterliegen ¹⁾ .

Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß die kumulative Nachhaltepflicht zu äußerst einschneidenden wirtschaftlichen Belastungen führen kann. Man wird überdies nur in Ausnahmefällen sagen können, die Kreditnehmer hätten die Erschwerung durch die Kumulation selbst zu vertreten ²⁾ , da das Bardepot ein bislang unbekanntes Rechtsgebiet darstellt mit der Folge allgemeiner Rechtsunsicherheit. Soweit ein Kreditnehmer vorsätzlich oder fahrlässig die Erfüllung der Depotpflicht verzögert, begeht er eine Ordnungswidrigkeit, vgl. § 33 Abs. 2 AWG; § 71 Abs. 1 Nr. 10 AWV. Das Bardepotgesetz ist daher auch ohne kumulative Nachhaltepflicht nicht der Umgehung preisgegeben ³⁾ . Es ist daher dem Kreditnehmer freizustellen, ob er die Nachhaltepflicht kumulativ oder phasenverschoben erfüllt.

1) Vgl. VGH Baden-Württemberg BB 1974, S. 198 ff. (199)

2) So aber der VGH Baden-Württemberg, a.a.O.

3) Ebenso im Ergebnis PELTZER, Aktuelle Fragen zum Bardepot und zur devisenrechtlichen Genehmigungspflicht, in: BB 1973. S. 963 ff (1965).

III. Höhe des Depotbetrages

Die Berechnung der Höhe des Depotbetrages vollzieht sich nach § 69 a Abs. 2, 4 und 5 AWV ⁴⁾.

Gemäß § 69 a Abs. 4 AWV ergibt sich der Depotbetrag durch Anwendung des für den Bezugsmonat geltenden Depotsatzes auf den um einen Freibetrag verminderten Monatsdurchschnitt der depotpflichtigen Verbindlichkeiten ⁵⁾. Dabei wird eine Erhöhung des Depotsatzes während der Zeit des Bestehens der Verbindlichkeiten im Gegensatz zur Herabsetzung nicht berücksichtigt (§ 69 a Abs. 2 Satz 2 AWV).

§ 69 a Abs. 2 Satz 3 AWV ermächtigte die Bundesbank durch Rechtsverordnung zu bestimmen, daß der höhere Depotsatz auch für Verbindlichkeiten gilt, die innerhalb eines Zeitraums von zwei Monaten vor der Erhöhung entstanden sind. Die Bundesregierung hatte ihr Verordnungsrecht jedoch ohne gesetzliche Ermächtigung subdelegiert (Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG). Gemäß § 27 Abs. 1 Satz 4 AWG kann die Bundesregierung die Ermächtigung zum Erlaß der Rechtsverordnung über die Höhe des Depotsatzes (§ 6 a Abs. 4 AWG) auf die Bundesbank subdelegieren. Die Höhe des Depotsatzes hat jedoch keinen Bezug zu der Frage, ob der Depotsatz auch auf bereits entstandene Verbindlichkeiten einwirkt. § 69 a Abs. 2 Satz 3 AWV und der sich auf diese Bestimmung beziehende Satz 4 waren wegen Verstoßes gegen Art. 80 Abs. 1 GG verfassungswidrig. Die Bundesbank hat von dieser Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht, so daß die Frage keine praktische Bedeutung erlangt hat.

4) § 69 a Abs. 2 Satz 2 bis 4 sowie Abs. 5 AWV wurden eingefügt durch die 31. ÄndVO vom 31. Januar 1974 (BGBl. I S. 122).

5) Wegen der Berechnung im einzelnen vgl. § 69 a Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 AWV.

Dritter Teil

Besondere verfassungsrechtliche Fragen des

=====

Bardepotrechts

=====

§ 8) Durch die Depotpflicht berührte Grundrechte

I. Die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Wenn die Depotpflicht eine Verteuerung der Kreditaufnahme zur Folge hat, so bleibt dies im Einzelfall nicht ohne Einfluß auf die freie berufliche Betätigung. Es fragt sich daher, ob das Bardepotgesetz mit der vom Grundgesetz garantierten Berufsfreiheit in Einklang steht.

Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit sowohl die Wahl als auch die Ausübung des Berufs und stellt beides unter einen allgemeinen Regelungsvorbehalt. Je mehr in die Freiheit der Berufswahl eingegriffen wird, desto stärker ist der Gesetzgeber in seiner Regelungsbefugnis beschränkt ¹⁾. Ein Gesetz kann jedoch nur dann an Art. 12 Abs. 1 GG gemessen werden, wenn es überhaupt in seinen Schutzbereich fällt, d.h. wenn es die Berufsfreiheit überhaupt tangiert. Dabei ist unter "Beruf" jede erlaubte Tätigkeit zu verstehen, für die sich der Einzelne geeignet glaubt, um sie zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen ²⁾. Eine gesetzliche Regelung kann also nur dann an Art. 12 Abs. 1 GG gemessen werden, wenn sie sich gerade auf die berufliche Betätigung in diesem Sinn bezieht und diese zum Gegenstand hat.

1) Vgl. BVerfG E 7, S. 377 ff. (401 f.) als grundlegende Entscheidung zur Berufsfreiheit.

2) BVerfG E 7, S. 377 ff. (397).

Das ist offensichtlich der Fall, wenn ein Gesetz die Aufnahme oder die Ausübung eines konkreten Berufs von subjektiven oder objektiven Kriterien abhängig macht. Es fallen indes nach h.M. auch Gesetze in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG, die nicht unmittelbar die Berufsfreiheit einschränken, sondern im Wege wirtschaftlicher Belastung - insbesondere im Wege der Besteuerung - auf die berufliche Betätigung einwirken ³⁾. Andernfalls könnte sich der Gesetzgeber über die Grundrechte hinwegsetzen, da wirtschaftlicher Druck ebensolche Wirkung zu entfalten vermag, wie eine unmittelbar getroffene Regelung. Wird ein Beruf mit einer derart hohen Sondersteuer belegt, daß ein Gewinn nicht zu erzielen ist, so kommt dies einem Berufsverbot gleich ⁴⁾. Daraus ergibt sich andererseits, daß Steuergesetze nur dann in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fallen, wenn sie mit einem oder mehreren bestimmten Berufen in Bezug gebracht werden können. Steuergesetze müssen objektiv eine berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen lassen ⁵⁾. Soweit Steuervorschriften an generelle Tatbestände wie Einkommen, Vermögen oder den Betrieb eines beliebigen Gewerbes anknüpfen, liegen keine berufsspezifischen Regelungen vor, sondern Belastungen, die überall im Wirtschaftsleben einkalkuliert werden müssen ⁶⁾. Soweit jedoch ein Steuergesetz z.B. an die Erlangung der Erlaubnis zur Ausübung eines bestimmten Berufs anknüpft, also die Berufszulassung als Anfang der Berufsausübung mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden ist, ist

3) BVerfG E 13, S. 181 ff. (185 f.); SELMER, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, S. 246, mit weiteren Nachweisen.

4) FRIAUF, Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, in: Recht und Staat, Heft 325/326 (1966), S. 40 mit Fußnote 119.

5) Vgl. die Rspr. des BVerfG in E 13, S. 181 ff. (186) und E 16, S. 147 ff. (162).

6) FRIAUF, a.a.O.

Art. 12 Abs. 1 GG geeigneter Prüfungsmaßstab ⁷⁾.

Durch das Bardepotgesetz wird den Gebietsansässigen zwar keine Steuer, aber doch eine wirtschaftliche Belastung in Form von Kreditversteuerung auferlegt, die im Einzelfall nicht ohne Auswirkung auf die berufliche Betätigung bleiben mag. Das Bardepot ist jedoch ein Instrument wirtschaftspolitischer Globalsteuerung, dem alle Gebietsansässigen als solche unterliegen ohne Unterschied, welchem Beruf sie nachgehen. Eine irgendwie geartete berufliche Bezogenheit würde dem Wesen des Bardepotgesetzes zuwiderlaufen, da die Kreditaufnahme in fremden Wirtschaftsgebieten zum Zwecke der Sicherung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts vor außenwirtschaftlichen Störungen beeinflusst wird. In diesem Rahmen ist aber unerheblich, ob ein Gebietsansässiger die Kreditaufnahme etwa in seiner Eigenschaft als Mitglied eines Berufszweiges vorgenommen hat ⁸⁾. Das Bardepotgesetz kann daher nicht an Art. 12 Abs. 1 GG gemessen werden.

II. Die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG)

Das Grundgesetz gewährleistet in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 das Eigentum. Nach der Rechtsprechung des BVerfG gehört zum Eigentum im Sinne dieser Bestimmung neben dem Sacheigentum auch jedes andere vermögenswerte Recht, nicht dagegen das Vermögen als solches ⁹⁾. Dementsprechend hat das BVerfG seit jeher entschieden, daß Art. 14 GG das Vermögen grundsätzlich nicht vor Eingriffen durch Auferlegung von Geldleistungspflichten schützt ¹⁰⁾. Denn soweit keine

7) BVerfG E 13 S. 181 ff. (186) im Rahmen der Schankerlaubnissteuer.

8) Vgl. dazu SELMER, a.a.O., S. 247 f.

9) BVerfG E 27, S. 326 ff. (343).

10) Vgl. BVerfG E 30, S. 250 ff. (S. 71 f.) unter Hinweis auf die lange Reihe der gleichlautenden Entscheidungen.

konkreten Geldzeichen zu übertragen sind, die im Eigentum des Pflichtigen stehen, sondern nur überhaupt Geld als Summe geschuldet wird, unabhängig davon, ob der Pflichtige überhaupt über Geld verfügt, ist eben nur das tatsächliche Vermögen betroffen. Eine derartige Geldsummenschuld ist aber Gegenstand der Depotpflicht ¹¹⁾, so daß das Bardepotgesetz danach nicht dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG unterfiele.

Das BVerfG schränkt seine Rechtsprechung jedoch dahin ein, daß die Auferlegung von Geldleistungspflichten die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG ausnahmsweise dann berührt, wenn sie den Betroffenen übermäßig belasten und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigen (Erdrosselungswirkung) ¹²⁾. Dem ist ein Teil der Literatur entgegengetreten mit dem dogmatischen Vorwurf, daß der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG nur entweder überhaupt oder in keinem Fall eröffnet sein kann, nicht aber nur dann, wenn der Eingriff übermäßig stark ist ¹³⁾. So wird denn unter Verwerfung des dogmatischen Ansatzpunktes des BVerfG vertreten, daß Art. 14 Abs. 1 GG neben der Sach- und Rechtsherrschaft auch den reinen Vermögenswert schützt ¹⁴⁾. Diese Meinung geht davon aus, daß jedem konkreten Gegenstand ein Gebrauchswert und ein Tauschwert zukommt. Während der Gebrauchswert unter bestimmten Voraussetzungen der Allgemeinheit zugeführt werden kann, muß der in der Sache verkörperte Tauschwert dem Eigentümer nach Maßgabe der in Art. 14 Abs. 3 Satz 2 und 3 GG festgelegten Entschädigungspflicht erhalten bleiben. Daraus wird gefolgert, daß Art. 14 Abs. 1 GG über die Herrschaft an konkreten Gegenständen hinaus auch den in diesen Ge-

11) Vgl. oben S. 3 f.

12) BVerfG E 30, S. 250 ff. (271 f.)

13) So z.B. FRIAUF, Steuergesetzgebung und Eigentumsgarantie, in: Jura 1970, S. 299 ff (302 f.)

14) Insbesondere von FRIAUF, a.a.O., S. 305 ff.

genständen verkörpert Vermögenswert als solchen schützt. Demgegenüber wendet SELMER ein, aus der Tatsache, daß im Fall der Enteignung der Vermögenswert garantiert ist, könne nicht geschlossen werden, daß der Grundrechtsschutz gemäß Art. 14 Abs. 1 GG selbst einen allgemeinen Vermögensschutz impliziere ¹⁵⁾.

Ein anderer Teil der Literatur versucht, die Rechtsprechung des BVerfG dem System des Grundgesetzes gemäß zu interpretieren. SELMER kommt dabei zu dem Ergebnis, daß Art. 14 Abs. 1 GG in seiner Funktion als Individualgrundrecht das Vermögen vor Eingriffen nicht zu schützen vermag, so daß sich niemand gegenüber einer Auferlegung von Geldleistungspflichten darauf berufen kann, gerade er sei den an ihn gestellten finanziellen Anforderungen nicht gewachsen und aus diesem Grunde verfassungswidrig in seinem Eigentumsgrundrecht betroffen ¹⁶⁾. Soweit jedoch das Privateigentum als Institution im Sinne einer grundlegenden Wertentscheidung des Verfassungsgebers zugunsten des Privateigentums als notwendigem Bestandteil des liberalen Rechtsstaats in Rede steht, kann die Disposition des Gesetzgebers auch in Bezug auf Eingriffe in das Vermögen nicht ohne Grenzen sein ¹⁷⁾. Denn die rechtliche Gestaltung der Wirtschafts- und Sozialordnung ist auf das engste verbunden mit der Frage, ob und inwieweit der Bürger in seiner Freiheit beschränkt ist, privates Eigentum zu bilden und zu erhalten. So vermag der Gesetzgeber durch Auferlegung von Geldleistungspflicht auf die bestehenden Einkommens- und Besitzverhältnisse Einfluß zu nehmen. Insbesondere kann der Gesetzgeber durch übermäßige Steuerprogression auf eine Umverteilung des Privateigentums

15) SELMER, a.a.O., S. 305.

16) SELMER, a.a.O., S. 313.

17) SELMER, a.a.O., S. 302.

derart hinwirken, daß die Institution Privateigentum ihrer eigentlichen und ursprünglichen Bedeutung beraubt wird¹⁸⁾. Denselben Aspekt hat BADURA im Auge, wenn er ausführt, daß Steuererhebung als solche nicht in den Schutzbereich des Art. 14 GG fällt, soweit sie dem Staat zur Erzielung von Einkünften dient, währenddessen Steuererhebung zum Zwecke der Wirtschaftslenkung sehr wohl an Art. 14 GG zu messen ist¹⁹⁾. An anderer Stelle bemerkt derselbe, daß diese Ansicht mit der Rechtsprechung des BVerfG übereinstimmen könnte²⁰⁾.

Welche dogmatische Bedeutung den Thesen des BVerfG auch zukommen mag, so ist doch von der Sache her daran festzuhalten, daß Art. 14 GG bei Auferlegung von Geldleistungspflichten nur im Falle übermäßiger Belastung und grundlegender Beeinträchtigung der Vermögensverhältnisse verletzt ist. Eine solche Wirkung entfaltet die auf Kreditverteuerung abzielende Depotpflicht im Grundsatz ebensowenig wie die Belastung etwa durch nicht prohibitive Steuererhebung. Insoweit bestehen im Interesse der Öffentlichkeit Kostenfaktoren, wie sie überall im Wirtschaftsleben einzukalkulieren sind. Werden Vermögensverhältnisse im Einzelfall tatsächlich grundlegend beeinträchtigt, kann dem nicht durch Berufung auf das Eigentumsgrundrecht begegnet werden, da dem Betroffenen andernfalls ein Wettbewerbsvorteil eingeräumt würde, der dem Gleichheitsgebot des Art. 3 GG widersprechen würde. Wolte man dem nicht zustimmen, wäre die Auferlegung von Geldleistungspflichten inklusive der Steuererhebung in keinem Fall möglich, da immer die Möglichkeit besteht, daß im Einzelfall gerade die Steuerschuld oder die

18) Vgl. dazu SELMER, a.a.O., S. 318.

19) BADURA, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, in: Recht und Staat, Heft 328 (1966), S. 25 f.

20) BADURA, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in Besonderes Verwaltungsrecht, S. 239 ff. (273).

Depotpflicht für den Vermögensverfall ausschlaggebend ist ²¹⁾.

III. Die unternehmerische Freiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Soweit wirtschaftslenkende Maßnahmen nicht die Berufsfreiheit oder die Eigentumsgarantie im besonderen berühren, sind diese an der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten allgemeinen Handlungsfreiheit zu messen. Im Bereich wirtschaftlicher Betätigung erscheint die allgemeine Handlungsfreiheit in Form von Vertragsfreiheit und freier unternehmerischer Entfaltung ²²⁾. Die grundrechtliche Zulässigkeit hoheitlicher Wirtschaftslenkung richtet sich also danach, inwieweit die Vertragsfreiheit und die Freiheit unternehmerischer Disposition überhaupt begrenzt werden können, nicht nur danach, ob deren Beschränkung ihrerseits erst zu Eingriffen im Bereich der Berufsfreiheit oder der Eigentumsgarantie führt ²³⁾.

Die Vertragsfreiheit wird durch die Depotpflicht nicht berührt, da der Kreditnehmer nicht gehindert ist, nach Belieben Kredit in fremden Wirtschaftsgebieten aufzunehmen. Dagegen wird die freie unternehmerische Entfaltung durch die Depotpflicht insoweit beeinflusst, als sich die Kreditaufnahme durch die (teilweise) zinslose Stillegung bei der Bundesbank verteuert.

Die allgemeine Handlungsfreiheit und damit die Frei-

21) A.A. FLACHMANN, Kritische Anmerkungen zum Bardepot, in: ZKW 1973, S. 462.

22) BADURA, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in Besonderes Verwaltungsrecht, S. 239 ff. (266); IPSEN, Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, in: J.H. Kaiser (Hrsg.), Planung II, S. 63 ff. (95).

23) NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 19 ff.

heit unternehmerischer Betätigung unterliegt jedoch der Beschränkung durch die "verfassungsmäßige Ordnung" (Art. 2 Abs. 1 GG). Dazu gehören nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG alle Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind ²⁴⁾. Die durch Art. 2 Abs. 1 GG eröffnete Handlungsfreiheit kann daher durch Gesetz ohne weiteres eingeschränkt werden, soweit dies durch überwiegende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt oder geboten ist ²⁵⁾. Allerdings darf Art. 2 Abs. 1 GG nicht in seinem Wesengehalt angetastet werden (Art. 19 Abs. 2 GG). Widerspricht eine Maßnahme dem rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip, ist der Wesensgehalt eines Grundrechts verletzt ²⁶⁾. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gebietet, daß die Maßnahmen zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich ist und daß der mit ihr verbundene Eingriff seiner Intensität nach nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht ²⁷⁾.

Zweck des Bardepotgesetzes ist, einer Gefährdung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts durch Geld- und Kapitalzuflüsse aus fremden Wirtschaftsgebieten zu begegnen. Wenn die Depotplicht an die Kreditaufnahme bei Gebietsfremden anknüpft, so wird damit zwar nicht Kapitalzufluß jeder Art erfaßt, aber doch derjenige Teil, welcher auf Grund seiner Größenordnung überhaupt geeignet ist, das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht zu gefährden. Muß ein Teil der zugeflossenen Valuta bei der Bundesbank

24) Vgl. BVerfG E 6, S. 32 ff. (37 f.); BVerfG E 29, S. 402 ff. (410 f.).

25) BVerfG E 18, S. 315 ff. (327); BADURA, a.a.O. (Fußnote 22), S. 267.

26) BVerfG E 20, S. 150 ff. (155); BVerfG E 27, S. 344 ff. (351).

27) BVerfG E 27, S. 344 ff. (352); BVerfG E 20, S. 250 ff. (263); BVerfG E 30, S. 292 ff. (316); BADURA, a.a.O. (Fußnote 22), S. 268.

zinslos stillgelegt werden, so verteuert sich die Kreditaufnahme, was im Grundsatz geeignet ist, die Kreditaufnahme bei Gebietsfremden zu verhindern. Bei gleichwohl erfolgter Kreditaufnahme bewirkt die Depotpflicht, daß die Valuta dem Geldverkehr teilweise wieder entzogen wird und daher das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht insoweit nicht zu gefährden vermag.

Darüberhinaus erweist sich die Depotpflicht von der Eingriffsintensität her gesehen auch als erforderlich. Als Alternative böte sich allenfalls die Beschränkung des Kapitalverkehrs gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 6 AWG an, durch die die Kreditaufnahme bei Gebietsfremden völlig untersagt werden könnte. Demgegenüber ist die Depotpflicht das weniger einschneidende Mittel, da die Kreditaufnahme als solche nicht beschränkt wird.

Wenn die Depotpflicht dazu führt, daß der Kreditnehmer durch Ausweichen auf den internationalen Kapitalmarkt keine Kostenvorteile erlangt, so ist darin keine Belastung zu sehen, die außer Verhältnis zu der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens steht. Das Interesse der Gemeinschaft an der Sicherung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts muß jedenfalls dann als vorrangig erachtet werden, wenn die unternehmerische Betätigungsfreiheit lediglich durch einen Kostenfaktor belastet wird, der Spielraum unternehmerischer Disposition im übrigen aber nicht beschränkt wird ²⁸⁾. Man wird sogar so weit gehen können zu sagen, daß die freie unternehmerische Entfaltung langfristig gesehen ein stabiles gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht bedingt, so

28) Vgl. BVerfG E 4, S. 7 ff. (16) im Rahmen des Investitionshilfegesetzes, wonach Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft liquide Betriebsmittel anderen Unternehmen als Investitionshilfe zur Verfügung stellen mußten.

daß ein Eigeninteresse an zeitweiser Restriktion besteht, zumal dann, wenn diese auf das Nicht-Ausnützen international Zinsvorteile beschränkt ist. Führt die Depotpflicht im Einzelfall zu unternehmerischem Kollaps, so wird die eigentliche Ursache hierfür eher an anderer Stelle zu suchen sein.

§ 9) Rückwirkung der Depotpflicht

Seinem Wortlaut nach knüpft § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG die Depotpflicht an Verbindlichkeiten aus aufgenommenen Krediten schlechthin an. Unbeantwortet bleibt die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Kredit eingeräumt, gewährt und getilgt worden sein muß. Die Bundesregierung hatte mit Beschluß vom 21. Juli 1971 den Bundesminister für Wirtschaft und Finanzen beauftragt, einen Gesetzesentwurf über das Bardepot auszuarbeiten. Der Beschluß sah ausdrücklich vor, daß die geplante Regelung Geld- und Kapitalzuflüsse mit Wirkung vom dem Tage, an dem er gefaßt wurde, erfassen solle ¹⁾. Eine derart weitgespannte Rückwirkung ist mit dem Rechtsstaatsprinzip als elementarem Verfassungsgrundsatz nicht vereinbar.

I. Die Rückwirkung von Gesetzen

Dem Bürger muß vom Grundsatz her die Möglichkeit gegeben sein, sein Verhalten nach der gesetzlichen Lage auszurichten. Er muß darauf vertrauen können, daß das Gesetz im nachhinein keine anderen Rechtsfolgen an sein Verhalten knüpft, als er voraussehen konnte oder mußte. Das BVerfG hat diese Grundsätze im einzelnen konkretisiert und unterscheidet dabei zwischen echter und unechter Rückwirkung.

1. Echte Rückwirkung

Ein Fall echter Rückwirkung ist gegeben, wenn das Gesetz bereits abgeschlossene Sachverhalte erfaßt ²⁾ (z.B. die aus der Kreditaufnahme entstandene Rückzahlungsverpflichtung ist bereits getilgt). Ist das Gesetz belastender Natur, greift es also in Rechtspositionen des Bürgers ein, verbietet das

1) Vgl. Bulletin Nr. 113 vom 23. Juli 1971, S. 1245.

2) BVerfG E 30, S. 272 ff. (285).

Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich die Ausstattung von Gesetzen mit echter Rückwirkung. Das Rechtsstaatsprinzip gebietet Rechtssicherheit in Form von Vertrauensschutz zugunsten des Bürgers. Dieses Vertrauen wird erschüttert, wenn nachträglich in bereits abgeschlossene Sachverhalte eingegriffen wird.

Daraus folgt andererseits, daß echte Rückwirkung zulässig ist, wenn ein zu schützendes Vertrauen deshalb nicht mehr gegeben ist, weil die Änderung der gesetzlichen Lage angekündigt worden ist und damit der Bürger mit der Änderung rechnen musste ³⁾. Entscheidend dafür ist der Beschluß des Gesetzes durch den Bundestag als für die Ausgestaltung des Gesetzes verantwortliches Organ ⁴⁾. Die Ankündigung einer Gesetzesinitiative und die Initiative gemäß Art. 76 GG selbst sind demnach nicht geeignet, das Vertrauen des Bürgers auf den Fortbestand der gegebenen gesetzlichen Lage zu erschüttern.

2. Unechte Rückwirkung

Ein Fall unechter Rückwirkung ist gegeben, wenn das Gesetz Sachverhalte erfasst, die noch nicht abgeschlossen sind (z.B. die aus der Kreditaufnahme entstandene Rückzahlungsverpflichtung ist noch nicht getilgt). Ist das Gesetz belastender Natur, entwertet es die betroffenen Rechtspositionen nachträglich dadurch, daß es auf Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt ⁵⁾.

Unechte Rückwirkung von Gesetzen ist grundsätzlich zulässig. Das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Gebot des Vertrauensschutzes vermag im Einzelfall

3) BVerfG E 30, S. 272 ff (286).

4) BVerfG E 30, S. 272 ff (287).

5) BVerfG E 30, S. 392 ff. (402); BVerfG E 31, S. 222 ff. (227).

einer so gearteten Regelung Schranken zu setzen ⁶⁾.

II. Die von der Bundesregierung getroffene Regelung

Die Bundesregierung hat mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des BVerfG in § 69 b Abs. 2 AWV die weiteste Fassung des § 6 a Abs. 1 Satz 1 AWG wie folgt eingeschränkt:

1. Der Depotpflicht unterliegen alle seit dem 1. März 1972 - also seit Inkrafttreten der Rechtsverordnung über die Depotpflicht - aus Kreditaufnahmen entstandene Verbindlichkeiten. Dabei ist unerheblich, aus welcher Zeit der Rechtsgrund für die Kreditaufnahme - also die Krediteinräumung - stammt. Wurde der Kredit vor dem 1. März 1972 eingeräumt, ist ein Fall unechter Rückwirkung gegeben.
 2. Ist die Verbindlichkeit vor dem 1. März entstanden, ist zu unterscheiden:
 - a) Wurde der Kredit nach dem 31. Dezember 1971 eingeräumt, besteht Depotpflicht, gleich ob die Verbindlichkeit vor oder nach dem 1. März 1972 getilgt wurde. Im ersten Fall besteht echte, im zweiten Fall besteht unechte Rückwirkung ⁷⁾.
-
- 6) Vgl. Fußnote 5. Die ständige Rechtsprechung wird im Zusammenhang mit dem Bardepotgesetz bestätigt von FRIAUF, Gesetzesankündigung und rückwirkende Gesetzgebung, in: BB 1972, S. 699 ff. (674), angegriffen von HEINZE, Rechtsfragen der Bardepotpflicht, in: AWD 1972, S. 313 ff. (316 f. unter 6.). Die Untersuchung im folgenden richtet sich nach der Rechtsprechung
- 7) FLACHMANN, Bardepot, S. 75, und HAASE, Das Bardepotgesetz, in: WiR 1972, S. 87 ff (93), sind der Ansicht, daß durch § 69 b Abs. 2 AWV die vor dem 1. März 1972 bereits getilgten Verbindlichkeiten nicht der Depotpflicht unterliegen, da insofern verbotene echte Rückwirkung vorliegen würde. Dafür gibt der Wortlaut der Bestimmung m.E. nichts her. Im übrigen ist echte Rückwirkung insoweit verfassungsgemäß, vgl. oben S. 129.

b) Wurde der Kredit bis zum 31. Dezember 1971 eingeräumt, ist die Kreditaufnahme frei von der Depotpflicht ⁸⁾.

1. Echte Rückwirkung

Da das Bardepotgesetz vom Bundestag am 10. Dezember 1971 beschlossen wurde ⁹⁾, die echte Rückwirkung aber auf die Zeit nach dem 31. Dezember 1971 beschränkt ist, hat die Bundesregierung ihren Spielraum insoweit nicht voll ausgenutzt. Allein gilt hier eine Besonderheit:

Wenn das Bardepotgesetz vom 23. Dezember 1971 selbst nur zur Anordnung der Depotpflicht ermächtigt, kann dadurch allein das Vertrauen des Bürgers in den Bestand der rechtlichen Lage nicht erschüttert werden, denn die Ermächtigung per se sagt nicht, ob und wann die Bundesregierung von der Ermächtigung Gebrauch machen wird ¹⁰⁾. Weil das Vertrauen des Bürgers in den Bestand der rechtlichen Lage nur durch das für die Rechtsetzung verantwortliche Organ erschüttert werden kann ¹¹⁾, muß die Bundesregierung selbst den Erlaß der Rechtsverordnung ankündigen, will sie diese mit echter Rückwirkung ausstatten.

Man könnte argumentieren, die Bundesregierung könne den Erlaß der Rechtsverordnung erst dann unter dem Blickwinkel der Rückwirkung ankündigen, wenn ihr auch die Möglichkeit eröffnet ist, die Rechtsverordnung zu erlassen, frühestens also mit dem Inkraft-

8) Der Verordnungsgeber hat den Wortlaut des § 69 Abs. 2 AWV allerdings so gefaßt, als sei Rückwirkung die Regel, Nicht-Rückwirkung die Ausnahme. Die Fassung ist bedingt durch die gesetzestechnische Konstruktion des Bardepots.

9) Vgl. das Protokoll der 158. Sitzung des Bundestages vom 10. Dezember 1971.

10) Die Rspr. des BVerfG zur echten Rückwirkung befaßt sich nur mit Gesetzen, die dem Bürger selbst Leistungspflichten auferlegen.

11) Vgl. oben S. 129.

treten der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Aus Sinn und Zweck der Rechtsprechung des BVerfG folgt indes, daß die Ankündigung der Bundesregierung, von der Befugnis zum Erlaß der Rechtsverordnung Gebrauch zu machen, wenn ihr diese durch den Gesetzgeber eingeräumt sein wird, genügen muß. Insoweit ist der oben genannte Beschluß der Bundesregierung letztlich doch von Bedeutung. Erneute Vorankündigung wäre aber dann erforderlich, wenn die Bundesregierung die Depotpflicht bei gegebenem wirtschaftlichem Erfordernis erneut einführen würde.

2. Unechte Rückwirkung

Auch in Bezug auf die unechte Rückwirkung hat die Bundesregierung ihren Spielraum nicht voll ausgenutzt, da Verbindlichkeiten von der Depotpflicht ausgenommen sind, die mit Inkrafttreten der Rechtsverordnung am 1. März 1972 noch nicht getilgt sind und damit einen nicht abgeschlossenen Sachverhalt im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG darstellen.

Unter welchen Umständen im Einzelfall auch die nur beschränkt eingeführte unechte Rückwirkung unzulässig ist ¹²⁾, kann nicht abstrakt gesagt werden ¹³⁾. Es ist aber darauf hinzuweisen, daß das BVerfG das Problem der unechten Rückwirkung im Wirtschaftsrecht nicht restriktiv handhabt, da das Vertrauen auf den Bestand der gesetzlichen Lage in diesem Bereich nicht besonders schutzwürdig ist ¹⁴⁾.

12) Vgl. oben S. 129.

13) Ebenso v. METTENHEIM, Die Bardepotpflicht für Roll-over-Kredite, in: BB 1972, S. 945 ff. (947 unter IV.4., Fußnote 31).

14) BADURA, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, in: AöR Bd 92 (1967), S. 382 ff. (398); FRIAUF, a.a.O. (Fußnote 6), S. 674.

III. Der maßgebliche Zeitpunkt

Gemäß § 69 Abs. 2 Satz 1 AWV muß das Rechtsgeschäft, auf dem die Verbindlichkeit beruht, vor dem 1. Januar 1972 eingegangen sein. Für das Ausmaß der Rückwirkung ist entscheidend, ob die vertragliche Einigung bereits vor dem 1. Januar 1972 erfolgt sein muß, oder ob ein einseitiges bindendes Vertragsangebot gemäß §§ 145 und 148 BGB vor diesem Zeitpunkt genügt, da sich auch letzteres wirtschaftlich als Krediteinräumung darstellt.

Der Wortlaut des § 69 b Abs. 2 Satz 1 AWV ist insoweit nicht eindeutig. Aus dem Wort "eingegangen" könnte man schließen, daß eine Einigung verlangt wird. Ein "Rechtsgeschäft" liegt dagegen auch schon bei einer einseitigen Erklärung vor, vgl. § 111 BGB. § 6 a Abs. 1 AWG kann für die Klärung dieser Frage nicht herangezogen werden, da Anknüpfungspunkt für die Depotpflicht nur die Verbindlichkeit aus der Kreditaufnahme, das heißt aus dem Vollzug des Grundgeschäfts, ist.

Nach der Terminologie des BGB werden Verträge "geschlossen", vgl. z.B. § 145 oder § 177 Abs. 1 BGB, Rechtsgeschäfte dagegen "vorgenommen", vgl. z.B. § 111, § 158 oder § 180 BGB. Das Wort "eingegangen" ist somit ein untechnischer Begriff. Das Wort "Rechtsgeschäft" dagegen ist ein technischer Begriff, der sowohl die einseitigen als auch die zweiseitigen Rechtsgeschäfte umfaßt ¹⁵⁾. Letztere bezeichnet das BGB als Verträge, vgl. § 145 BGB.

Die Lösung des Problems ergibt sich aus der Verbindung der Sätze 1 und 2 des § 69 b Abs. 2 AWV. Gemäß Satz 2 ist bei der Verlängerung der Laufzeit von Krediten statt des Zeitpunkts der Vornahme der

15) PALANDT, BGB, vor § 104 Anm. 3).

Zeitpunkt der Verlängerung maßgebend. Nach der genannten Terminologie ist die "Vornahme eines Rechtsgeschäfts" ein allgemeiner Oberbegriff, der alle einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäfte umfasst und damit überdies unbeantwortet lässt, ob das Rechtsgeschäft sich als Rechtsgrund oder als Vollzug des Rechtsgrundes darstellt. Satz 2 isoliert gesehen beantwortet daher nicht die Frage, welche Vornahme eines Rechtsgeschäfts für den Zeitpunkt der Verlängerung der Laufzeit von Krediten maßgebend ist - die Vornahme des den Rechtsgrund betreffenden Rechtsgeschäfts oder die Vornahme des den Vollzug des Rechtsgrundes betreffenden Rechtsgeschäfts.

Aus Satz 2 im Zusammenhang mit Satz 1 folgt aber, daß unter "Vornahme des Rechtsgeschäfts" nur der Vollzug des Rechtsgrundes zu verstehen ist, nämlich desjenigen Rechtsgrundes, der in Satz 1 als "eingegangenes Rechtsgeschäft" bezeichnet wird ¹⁶⁾. Daraus folgt wiederum, daß das Wort "eingegangen" sich in seiner Funktion als Unterscheidungsmerkmal zum Vollzug des Rechtsgeschäfts erschöpft und damit den Begriff "Rechtsgeschäft" nicht dahingehend einengt, daß nur zweiseitige Rechtsgeschäfte - also Verträge - ein "eingegangenes Rechtsgeschäft" sein können. Im Ergebnis ist danach festzuhalten, daß unter "eingegangenem Rechtsgeschäft" auch ein nur einseitiges bindendes Vertragsangebot zu verstehen ist ¹⁷⁾.

16) Der Verordnungsgeber hat später in anderem Zusammenhang deutlich herausgestellt, daß bei der Verlängerung der Laufzeit von Krediten statt des Zeitpunktes der Entstehung der Verbindlichkeit - also des Vollzugs des Rechtsgrundes - der Zeitpunkt der Verlängerung maßgebend ist, vgl. § 69 a Abs. 2 Satz 4 AWV (die Sätze 2 bis 4 wurden eingefügt durch die 31. ÄndVO vom 31. Januar 1974, BGBl. I S. 122).

17) Im Ergebnis ebenso HEINZE, a.a.O. (Fußnote 6), S. 315 f. unter 4. HEINZE begründet das Ergeb-

In Bezug auf die Verlängerung der Laufzeit von Krediten gemäß § 69 b Abs. 2 Satz 2 AWV bleibt noch hervorzuheben, daß nach der soeben vorgenommenen Auslegung des Gesetzes die Verlängerung von Krediten der erstmaligen Gewährung von Krediten gleichgesetzt wird, wenn das Grundgeschäft aus der Zeit vor dem 1. Januar 1972 stammt und die Verlängerung bis zum 29. Februar erfolgt ist ¹⁸⁾. Anders ausgedrückt: Der Verordnungsgeber fingiert die Verlängerung von Krediten in Bezug auf die Rückwirkung als erstmalige Valutierung des vor dem 1. März 1972 eingeräumten Kredits, denn die Verlängerung ist wirtschaftlich gesehen eine erneute, andere Kreditaufnahme im Sinne von § 6 a Abs. 1 Satz 2 AWG ¹⁹⁾.

IV. Der Freibetrag im Rahmen der Rückwirkung

Gemäß § 69 a Abs. 3 und 4 AWV ist die Dauer der Depotpflicht an die Dauer des Bestehens der Verbindlichkeit geknüpft. Ändert sich während dieser Zeit die Höhe des Freibetrages, ändert sich die Höhe des zu haltenden Depotbetrages. Die Bundesregierung hat den ursprünglich sehr hohen Freibetrag schrittweise herabgesetzt ²⁰⁾. Darin sieht PELTZER eine verbotene Rückwirkung ²¹⁾. Dem hat der VGH Ba-

nis mit der Unklarheit des Gesetzes, die bei Eingriffsverwaltung auf Grund des Rechtsstaatsprinzips zu einer den Bürger begünstigenden Auslegung führt.

- 18) Ebenso die Bundesbank in Mitteilung Nr. 7008/72 (BAnz.Nr. 68 vom 11.4.1972), unter II.3.
- 19) Zu der Frage, was unter Verlängerung zu verstehen ist und welche Probleme in diesem Zusammenhang auftauchen, insbesondere die Probleme um die "roll-over-Kredite", vgl. oben S. 83 ff.
- 20) Vgl. oben S. 107 f.
- 21) PELTZER, Devisenbann und Bardepot zu Beginn des Frühjahrs 1973, in: BB 1973, S. 450 ff. (454).

den-Württemberg zu Recht widersprochen ²²⁾.

Durch die Herabsetzung des Freibetrages wird in einen noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt eingegriffen, da die Verbindlichkeit aus der Kreditaufnahme noch nicht getilgt ist. Es handelt sich somit um einen Fall der unechten Rückwirkung. Diese ist grundsätzlich zulässig, soweit nicht ausnahmsweise das private Vertrauen auf den Bestand der Gesetze zu schützen ist ²³⁾. Ein überwiegendes privates Interesse ist auch dann nicht anzunehmen, wenn sich der Kreditnehmer aus tatsächlich oder rechtlichen Gründen nicht durch Rückzahlung des Kredits der erhöhten Depotpflicht entziehen kann, da der Kreditnehmer mit einer Änderung des Freibetrages rechnen muß. Über die Höhe des Freibetrages wird die Wirksamkeit des Bardepots wesentlich beeinflusst. Die Höhe des Freibetrages selbst wird durch die ständig wechselnde wirtschaftliche Situation beeinflusst. Das etwa bestehende Vertrauen auf den Bestand der wirtschaftlichen Situation ist nicht zu schützen.

22) VGH Baden-Württemberg BB 1974, S. 198.

23) Vgl. oben S. 132.

L e b e n s l a u f

Als Sohn des Philharmonikers Dr. Fritz Demmler, geb. in Ludwigsburg, und seiner Frau Elisabeth, in Stuttgart geb. Theurer, wurde ich - Jörg Wolfgang Demmler - am 19. Februar 1948 in München geboren. Im Jahre 1950 verlegte die Familie den Wohnsitz nach Berlin, wo ich die Schulzeit im Jahre 1967 mit dem Abitur beendete. Nachdem ich anschließend das Studium der Rechtswissenschaften in Berlin aufgenommen hatte, wechselte ich im Jahre 1968 nach München und legte hier im Jahre 1971 das Referendarexamen sowie im Jahre 1974 das Assessorexamen ab.

